

دعاء مستجاب :

أسأل الله الكريم إتمامه على أحسن الوجوه وأكملها وأتمها وأعجلها ، وأنفعها في الآخرة والدنيا ، وأكثرها انتفاعا به وأعمها فائدة لجميع المسلمين ..

[الشيخ محيي الدين النووي في المقدمة جـ ١ ص ١٠٣]

الجزء السادس عشر

وهو الجزء الخامس من تكملة هذا الشرح

بقلم

محمد نجيب المطيعي

رئيس قسم السنة وعلوم الحديث
بجامعة أم درمان الإسلامية

مكتبة الإرشاد
جدة - المملكة العربية السعودية

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الجعـــــالة

(يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملا من رد ضالة ، ورد آبق وبناء حائط ، وخياطة ثوب ـ وكل ما يستأجر عليه من الأعمال ، والدليل عليه قوله تعالى ((ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)) (١) وروى ابو سعيد الخدرى ((أن ناسا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حيا من احياء العرب فلم يقروهم ، فبينما هم كذلك اذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرونا فلا نفعل ، أو تجعلوا لنا جعلا ، فجعلوا لهم قطيع شاء ، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فضحك وقال : ما أدراك انها رقية ؟ خذوها واضربوا لى فيها بسهم)) ولأن الحاجة تدعوا الى ذلك من رد ضالة ، وآبق ، وعمل لا يقدر عليه ، فجاز كالاجارة والمضاربة) .

فصل ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية ، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله ، فجاز من غير تعيين ، وروى المزنى فى المختصر عن الشافعى رحمه الله فى المنثور انه قال : اذا قال : أول من يحج عنى فله مائة ، فحج عنه رجل انه يستحق المائة . وقال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لانه اجارة فلم تصح من غير تعيين . وهذا خطأ لأن ذلك جعالة وقد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل) .

فصل وتجوز على عمل مجهول للآية ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة ، ولا تجوز الا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح ، فان شرط له جعلا مجهولا فعمل استحق اجرة المثل ، لان كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب المثل فى فاسده ، كالبيع والنكاح) .

---

(١) الآية ٧٢ من سورة يوسف .

فصـــل ولا يستحق العامل الجعل الا باذن صاحب المال ، فأما اذا عمل له عملا من غير اذنه بأن وجد له آبقا فجـاء به ، أو ضـالة فردها اليه ، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعتـه من غـير عوض ، فلم يسـتحق العوض ، فان عمل باذنه ولم يشرط له الجعل ، فعلى الأوجه الأربعة التى ذكرناها فى الاجارة ، فان أذن له وشرط له الجعل فعمل أستحق الجعل . لأنه استهلك منفعته بعوض ، فاستحق العوض كالأجير ، فان نادى فقال : من رد عبدى فله دينار فرده من لم يسمع النداء ، لم يسـتحق الجعـل ، لأنه متطوع بالرد من غير بدل ، فان أبق عبد ارجل فنادى غيره أن من رد عبـد فلان فله دينار ، فرده رجل وجب الدينار على المنادى ، لأنه ضمن العـوض فلزمه ، فان قال فى النداء : قال فلان : من رد عبدى فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادى ، لأنه لم يضمن . وانما حكى قول غيره) .

فصـــل ولا يستحق العامل الجعل الا بالفراغ من العمل ، فان شرط له جعلا على رد الآبق فرده الى باب الدار ففـر منه او مات قبـل أن يسلمه لم يستحق شيئا من الجعل ، لأن المقصـود هو الرد ، والجعـل فى مقابلته ولم يوجد منه شىء ، وان قال : من رد عبدى الآبق من البصرة فـله دينار ، وهو ببغداد ، فرده رجل من واسط ، استحق نصف الدينار ، لأنه رد من نصف الطريق ، وان رده من ابعـد من البصرة لم يسـتحق أكثر من الدينار ، لأنه لم يضمن له لما زاد شيئاً .

وان أبق له عبدان فقال : من ردهما فله دينار ، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل . وان قال : من رد عبدى فله دينار ، فاشترك فى رده اثنان اشتركا فى الدينار ، لأنهما اشتركا فى العمل ، فاشـتركا فى الجعل . وان قال لرجل : أن رددت عبدى فلك دينار ، وقال لآخر : ان رددته فلك ديناران ، فاشتركا فى الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له ، وان جعل لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً مجهولا فرداه اسـتحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل ، لأن الدينـار جعـل صحيح ، فاستحق نصفه ، والثوب جعل باطل فاستحق نصف اجرة المثل . وان قال لرجل : ان رددت عبدى فلك دينار فشاركه غيره فى رده ، فان قال : شاركته معاونة له كان الدينار للعامل لأن العمل كله له فكان الجعـل كله له ، وان قال شاركته لأشاركه فى الجعل كان للعامل نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولا شىء للشريك لأنه لم يشرط له شيئاً) .

الشرح الجعالة هى بتثليث الجيم عند ابن مالك وغيره . واقتصر النووى والجوهرى والفيومى صاحب المصباح على كسرها ، وابن الرفعـة

فى الكفاية والمطلب على فتحها ، وهى لغة اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله ، وكذا الجعل والجعيلة ، وأما تعريفها شرعا فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول .

وقد أورد المصنف الجعالة عقب الإجارة ، وكذلك فعل النووى فى الروضة وصاحب الشرح ؛ لأن التلازم بين الإجارة والجعالة واضح . لأنها عقد على عمل ، إلا أن أكثر المصنفين فى الفقه جعلوها بعد اللقطة ، لأنها طلب التقاط الدابة الضالة .

وقد استدل المصنف على أنها من العقود الجائزة بقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير » [1] واعتبر الرملى سوقه الآية استئناساً وليس استدلالا ، وعلل ذلك الشبراملسى فى حاشيته على النهاية هذه العبارة بأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا وإن ورد فى شرعنا ما يقرره .

أما الحديث الذى ساقه المصنف عن أبى سعيد فقد رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه ، وأتم هذه الطرق جميعاً رواية البخارى ولفظها « انطلق نفر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم ، فلدغ سيد ذلك الحى فسعوا له بكل شيء ، لا ينفعه شيء ؛ فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شيء ، فأتوهم فقالوا : يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شيء ؟ قال بعضهم : إنى والله لأرقى ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا ، فصالحوهم على قطيع من غنم فانطلق يتفل عليه ، ويقرأ الحمد لله رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ؛ فانطلق يمشى وما به قلبة ، وقال فأوفوهم جعلهم الذى صالحوهم عليه ، فقال بعضهم : اقتسموا ، فقال الذى رقى : لا تفعلوا حتى نأتى النبى صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذى كان ، فننظر الذى يأمرنا ، فقدموا على النبى صلى الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال : وما يدريك أنها رقية ؟ ثم قال : قد أصبتم واضربوا لى معكم

---

(1) الآية : ٧٢ من سورة يوسف .

سهما ، وضحك النبى صلى الله عليه وسلم » وقد روى البخارى رواية عن ابن عباس بلفظ « ان نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال : هل فيكم من راق فإن فى الماء رجلا لديغا أو سليما ، فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء ، فجاء بالشاء إلى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا : أخذت على كتاب الله أجراً ؟ حتى قدموا المدينة فقالوا : يا رسول الله أخذ على كتاب الله أجراً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » .

قوله « فاستضافوهم » فى رواية للترمذى أنهم ثلاثون رجلا ، وقد روى الحاكم رواية أبى سعيد الخدرى على أنه هو الراقى ، وهى على شرط مسلم . وقال الزركشى : ويستنبط منه جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية وإن لم يذكروه . وهو متجه إن حصل به تعب وإلا فلا أخذاً مما يأتى .

على أن الإجماع منعقد على جوازها لما تدعو إليه الحاجة من ضالة ، أو عمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به ، ولا تصح الاجارة عليه لجهالة ، فجاز أن يجعل له جعلا كالإجارة والقراض . وأركان الجعالة أربعة : صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض .

ولما كان الجعل لا يستحق إلا بإذن صاحب المال كالإجارة ، فإنه فارق الإجارة فى استحقاقه بالعمل ، أما الإجارة فإنها تستحق بالعقد ، لأنه لو قال : من رد على ضالتى فله درهم قبلها بطل ، هكذا أفاده الغزالى فى كتاب الدور ، وعدم اشتراط قبضه فى المجلس مطلقا ، ويشترط فى الملتزم للجعل مالكا أو غيره أن يكون مطلق التصرف كما فى الإجارة فلا يصح بالتزام الصبى أو المحجور عليه للسفه أو الجنون . كما يشترط فى العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادراً عليه ولا تشترط الحرية وغير المكلف ، وأن يقوم بالعمل بإذن وبغير إذن ، كما قال ذلك السبكى خلافا لابن الرفعة فى اشتراط إذن السيد ، ويخرج بذلك العاجز عن العمل كالصغير والضعيف

إذا غلبهما العمل ، فأشبه استئجار الأعمى للحراسة . هكذا أفاده الزركشى وابن العماد .

ونقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب : من حج عنى فله مائة درهم ، فحج عنه إنسان استحق المائة .

قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا إجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر . هذا كلام الشافعى والمزنى ، والمسألة التى ساقها المصنف بذكر النووى رضى الله عنه أن للأصحاب فيها ثلاثة أوجه الصحيح وقوع الحج عن المستأجر ويستحق الأجرة المسماة . وبهذا نص الشافعى واختاره النووى ، لأنه جعالة وليس باجارة . والجعالة تجوز على عمل مجهول ، فمن باب أولى المعلوم . (والثانى) وهو اختيار المزنى : أنه يقع عن المستأجر ويستحق الأجير أجرة المثل لا المسمى . وقد حكى إمام الحرمين أن معظم الأصحاب مالوا إلى هذا . قال النووى . وليس كما قال . وهذا القائل يقول : لا تجوز الجعالة على عمل معلوم لأنه يمكن الاستئجار عليه .

(والثالث) أنه يفسد الإذن ويقع الحج عن الأجير ، لأن الإذن غير متوجه إلى إنسان بعينه ، فهو كما لو قال : وكلت من أراد بيع دارى فى بيعها . فالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتماداً على هذا التوكيل . وهذا الوجه حكاه الرافعى . وذكر إمام الحرمين أن شيخ والده أبا محمد أشار إليه فقال : لا يمتنع أن يحكم بفساد الإذن ، وهذا الوجه ضعيف جداً بل باطل مخالف للنص والمذهب والدليل . فإذا قلنا بالمذهب والمنصوص . فقال : من حج عنى فله مائة درهم فسمعه رجلان وأحرما عنه .

قال القاضى حسين والأصحاب : إن سبق إحرام أحدهما وقع عن المستأجر القائل ويستحق السابق المائة ، وإحرام الثانى يقع عن نفسه لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر فصار كمن عقد نكاح أختين بعقد واحد .

ولو قال من حج عنى فله مائة دينار فحج عنه رجلان ، أحدهما بعد الآخر . وقع إحرام السابق بالإحرام عن المستأجر القائل وله عليه المائة .

واو أحرما معاً وقع حج كل منهما عن نفسه ولا شيء لهما على القائل ، لأنه ليس فيها أول . ولو كان العوض مجهولا بأن قال : من حج عنى فله ثوب أو دراهم أو ناقة وقع الحج عن القائل بأجرة المثل .

فـــرع استدل المصنف من قوله تعالى : « ولمن جاء به » [1] على جواز عقدها لغير المعين ، كما فى المثال الذى سبق فيمن يحج عنه ، كمـــا استدل بالآية أيضاً على جوازها على عمل مجهول . وكذلك لو قال : من رد ضالتى من سامعى ندائى فله كذا فرده من علم نداءه ولم يسمع منه لم يستحق ، هكذا أفاده الماوردى وصرح بمثله القاضى حسين .

قال الأذرعى : وقول القاضى فإن رده بنفسه أو بعبده استحق ، يفهـم عدم الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد . ولو قال أجنبى من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبى . قال الرملى : استحقه الراد العالم به على الأجنبى لأنه التزمه فصار كخلع الأجنبى ، وكما لو التمس إلقاء متاع غيره فى البحر لخوف الهلاك وعليه ضمانه .

إذا ثبت هذا فإن العامل بلا إذن لا يستحق الجعالة ، لأنه لو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له ــ ولو كان معروفا برد الضال بعوض ــ لأنه لم يلتزم عوضا له فوقع عمله تبرعا . وقال الشبراملسى عند قوله « فلو عمل أحد بلا إذن فقال ومن ذلك ما جرت به العادة فى قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة الجرين نهاراً وجماعة اعتـادوا حراســته ليلا ، فإن اتفقت معاقدتهم على شيء من أهل الجرين أو من بعضهم بإذن الباقين لهم فى العقد . استحق الحارسون ما شرط لهم إن كانت الجعالة صحيحة وإلا فأجرة المثل .

وأما إن باشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتماداً على ما سبق من دفع أرباب الزرع للحارس سهماً معلوماً عندهم لم يستحقوا شيئا . وليس كمـا لو التزم الثمن فى شراء غيره أو الثواب فى هبة غيره ، لأنه عوض تمليك يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك ، والجعل ليس عوض تمليك .

---

(1) الآية : ٧٢ من سورة يوسف .

واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول الأجنبى بل يضمنه فكيف يستحق الأجرة . وأجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن فى ذلك لأن المالك راض به قطعاً ، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء فى الرد والتزم الأجنبى بالجعل ، أو يكون للأجنبى ولاية على المالك ، وقد يصور أيضاً بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه . وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل علىّ .

قال الرملى : وهو كذلك فقد قال الخوارزمى فى الكاف : ولو قال الفضولى : من رد عبد فلان فله على دينار ، أو قال فله دينار ، فمن رده استحق على الفضولى ما سمى . وصرح به ابن يونس فى شرح التعجيز فإنه صور المسألة بما إذا قال على ثم قال : وألحق الأئمة به قوله فله كذا . وإن لم يقل على ، لأن ظاهره التزام ولو قال أحد الشريكين فى رقيق : من رد رقيقى فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل . وصورة المسألة إذا لم يكن القائل ولى المالك . فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه الراد فى مال المالك بمقتضى قول وليه ، ويعلم مما يقرر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه . فلو قال لشخص معين : إن رددت على ضالتى فلك كذا لم يتعين عليه السعى بنفسه ، بل له أن يستعين بغيره ، فإذا حصل الفعل استحق الأجرة . قاله الغزالى فى البسيط .

قال الرملى : وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره فى الرد كتوكيل الوكيل فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يليق به كما يستعين به ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره ، كالتوكيل فى الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز ، فعلم أن العامل المعين لا يستنيب فيها إلا إن عذر وعلم به الجاعل حال الجعالة . اهـ

فرع تصح الجعالة على عمل مجهول كما ذكر ذلك المصنف لأن الجهالة احتملت فى القراض لحصول زيادة ، فاحتمالها فى رد الحاصل أولى ، وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به ، وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة .

أما صحتها على المعلوم فأولى ومثال ذلك قوله : من رد على ضالتى من مكان كذا فله كذا ، وهذا هو الأصح . (والثانى) المنع للاستغناء عنه بالإجارة ، وقد عرفت أنه لابد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة ، كرد آبق أو ضال ، أو أداء حج أو خياطة ثوب أو تعلم علم أو حرفة ، أو إخبار فيه غرض وصدق فيه ، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه فلا شىء له ، إذ ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض .

فلو قال : من دلنى على مالى فله كذا فدله غير من هو بيده استحق ، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة . قال الأذرعى : ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك . أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما ويلزم عدم التوقيت فى الجعالة . لأنه لو قال من رد على ضالتى إلى شهر كذا فله كذا لم يصح كما فى القراض ، لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد ، فقد لا يظفر به فيها فيضع سعيه ولا يحصل الغرض ، سواء أضم إليه من محل كذا أم لا ، وغير واجب على العامل .

فلو قال : من دلنى على مالى فله كذا فدله من المال فى يده لم يستحق شيئاً لأن ذلك واجب عليه شرعا ، فلا يأخذ عليه عوضاً . وكذا لو قال من رد مالى فله كذا فرده من هو فى يده ويجب عليه رده . وقضيته أنه لو كان الدال أو الراد غير مكلف استحق .

وقد أفتى الإمام النووى كما حكى ذلك صاحب نهاية المحتاج فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه وغيره بأنها جعالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعة ، ثم قال : وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً . وهذا يجوز فى زماننا إذا قام شخص كمحام مثلا وكان ألحن بحجته وأثبت الظلم الواقع على الحبيس كان ذلك مباحاً إذا كان بحيث يكون شخص يملك رفع الظلم ثم لم يفعل الا بجعل فمقتضى العرف الذى نعلمه اليوم أن ذلك رشوة ، فإذا كان صاحب جاه يستطيع أن يرفع ظلما وقع على إنسان بجاهه وجب عليه العمل على رفعه ، وبذلك تبطل الجعالة ، لأنها لا تكون إلا عوضا عما لا يجب على العامل ، ومقتضى النصيحة والعمل

لإحقاق الحق الذى يلزم كل مسلم يمنع هذه الصورة التى أفتى بها النووى رحمه الله تعالى .

ولأنهم قالوا إن السعى والعمل وبذل المجهود هى مع حصول المقصود توجب الجعالة ، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملا تافهاً لا جهد فيه ولا سعى فلا يستحق عليه جعلا ، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به فى رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكلمة هل يحل له أن يأخذ جعالة ؟ إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك . ولا أعلم فى ذلك خلافا فى الأصل الذى بنينا عليه ، لأنه يستمد قوته من قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين » .

ويشترط لصحة العقد كون الجعل مالا معلوماً لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جوز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ، ولأن جهالة العوض تفوّت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد فى العمل مع جهالة العوض ، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معيناً ، وبالوصف إن كان فى الذمة . فلو قال من رد ضالتى فله ما حملت ، وكان ما تحمله معروفاً كسرجها ولجامها أو شيئاً آخر تنقله ضلت به وكان معروفا للعامل .

واستشكل ابن الرفعة اعتبار الوصف فى المعين لأنهم منعوه فى البيع والإجارة وغيرهما .

قال البلقينى : ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع ، وقياسه صحته فله نصفه إن علم ، وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين . وما قاسه عليه الرافعى من استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه فى الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءاً من الرضيع بعد الفطام يقتضى تأجيل ملكه ، وهنا إنما تملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع فى مشترك ، كذا أفاده الرملى .

فـــرع إذا قال : من رد علىّ ضالتى من بلد كذا فرده من جهة ذلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة لتبرعه بها . أما إذا قال : من

رده من بلد كذا فرده من أقرب منه فلا يستحق إلا قسطه من الجعل ، لأنه جعل كل الجعل فى مقابلة العمل ، فبعضه فى مقابلة بعضه ، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل .

فإذا كانت الطريق غير متساوية فى الحزونة والسهولة بأن كان النصف الذى قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجرة النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل ، فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى . ولو رد من البلد المعين ، ورأى المالك فى نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل .

ولو قال : من رد علىّ ضالتى فله كذا ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل ، استوت قيمة الضالتين أو اختلفت .

ولو قال لرجلين إن رددتما ضالتىّ فلكما كذا فرد أحدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو رداهما استحق المسمى .

ولو قال : أول من يرد ضالتى فله كذا فرداها استحقا المسمى مناصفة لوصفهما بالأولية فى الرد .

ولو قال : لكل واحد من ثلاثة ردها ولك دينار ، فردوها جميعاً استحق كل واحد منهم ثلث دينار توزيعا بالحصص على الرءوس ، هذا إذا عمل كل منهم لنفسه ليأخذ الدينار .

أما لو قال : أعنت صاحبىّ فلا شىء له ويقتسمان فى الدينار ، أو قال اثنان ذلك أخذ الثالث الدينار وحده ولا شىء لهما وللآخر جميع المشروط ، فإن شاركهم رابع فلا شىء له .

أما إذا قصد بمعاونته المالك أو أخذ الجعل منه فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط ، فإن أعانا أحدهم فلكل واحد من الاثنين ربع المشروط وللمعاون ــ بفتح الواو ــ النصف ، فإن شرط لأحدهم جعلا مجهولا ،

ولكل من الآخرين ديناراً فردوه فله ثلث أجرة المثل ولهما ثلثا المسمى .
وهكذا قال النووى : إذا اشترك اثنان فى رده اشتركا فى الجعل ، ولو التزم جعلا لمعين فشاركه غيره فى العمل إن قصد إعانته فله كل الجعل .

* * *

وهنا يقول صاحب النهاية : لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأى وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيما إذا أذن لمعين فرد نائبه مع قدرته ، لأن المالك لم يأذن فيه أصلا . ولا شيء للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجرة ، ويؤخذ من كلامهم هنا ، وفى المساقاة كما أفاده السبكى جواز الاستنابة فى الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التى تقبل النيابه ، أى ولو بدون عذر فيما يظهر ، ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيراً منه ، ويستحق المستنيب جميع المعلوم ؛ وإن أفتى ابن عبد السلام والنووى بأنه لا يستحقه واحد منهما ، إذ المستنيب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر ، فلا ولاية له ، وما نازع به الأذرعى من كون ذلك سبباً لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائماً مما أرصد للمناصب الدينية ، واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنزر يسير .

قال غيره : وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيراً منه .

ولو قال لواحد : إن رددته فلك دينار . وقال لآخر : إن رددته أرضيك ، أو أحلى بالحلوى فمك ، فرداه ، فللأول نصف الدينار ، وللآخر نصف أجرة مثل عمله .

وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام :

(أحدها) لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع ، ولازم من أحدهما قطعاً . ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعاً ، ومن جهة الزوج على الأصح ، وقدرته على الطلاق ليست فسخا .

(ثانيها) لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالكتابة ، والرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة .

(ثالثها) جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل .

وقال النووى فى الروضة :

هى أن يقول : من رد عبدى الآبق أو دابتى الضالة ونحو ذلك فله كذا وهى عقد صحيح للحاجة وأركانه أربعة :

(أحدها) الصيغة الدالة على الإذن فى العمل بعوض يلتزمه فلو رد آبقاً أو ضالة بغير إذن مالكها فلا شىء له سواء كان الراد معروفاً برد الضوال أم لا .

ولو قال لزيد : رد آبقى ولك دينار فرده عمرو ، لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يشرط له .

ولو عين رجلا فقال : إن رده زيد فله كذا فرده زيد غير عالم باذنه لم يستحق شيئاً . ولو أذن فى الرد ولم يشرط عوضا ، فلا شىء للراد على المذهب وظاهر النص ، وفيه الخلاف السابق فيمن قال : اغسل ثوبى ولم يسم عوضا قلت : لو شهد الفضولى على المالك باذنه قال : فينبغى أن لا تقبل شهادته لأنه متهم فى ترويج قوله . وأما قول صاحب البيان : مقتضى المذهب قبولها فلا يوافق عليه .

(الركن الثانى) المتعاملان ، فأما يلتزم الجعل فيشترط أن يكون مطلق التصرف وأما العامل فيجوز أن يكون شخصاً معيناً وجماعة ويجوز ألا يكون معيناً ولا معينين .

(الركن الثالث) العمل ، فما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولا ، تجوز الجعالة عليه للحاجة ، وما جازت الإجارة عليه جازت

الجعالة أيضاً على الصحيح ولو قال : من رد مالى فله كذا ، فرده من كان فى يده نظر ، إن كان فى رده كلفة كالآبق استحق الجعل ، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير ، فلا . لأن ما لا كلفة فيه لا يقبل بالعوض .

ولو قال من دلنى على مالى فله كذا فدله من المال فى يده لم يستحق شيئاً لأن ذلك واجب عليه ، فلا يأخذ عليه عوضاً .

(الركن الرابع) الجعل المشروط ، وشرطه أن يكون معلوماً كالأجرة ، لعدم الضرورة إلى جهالته ، فإن شرط مجهولا بأن قال : من رد آبقى فله ثوب أو دابة أو إن رددته فعلىَّ أن أرضيك أو أعطيك شيئاً فسد العقد ، وإذا رد استحق أجرة المثل .

ولو قال : من رد عبدى فله سلبه أو ثيابه — قال المتولى : إن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم استحق الراد المشروط والا فأجرة المثل ولو قال : فله نصفه أو ربعه فقد صححه المتولى ، ومنعه أبو الفرج السرخسى .

(فرع) لو قال : من رد لى عبدى من بلد كذا فله دينار بنى على الخلاف فى صحة الجعالة فى العمل المعلوم — فإن صححناها — فمن رده من نصف الطريق استحق الطريق استحق نصف الجعل ، ومن رده من ثلثه استحق الثلث ، وإن رده من مكان أبعد ، لم يستحق زيادة ولو قال : من رد لى عبدين فله كذا فرد أحدهما استحق نصف الجعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل **ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض ، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة ، فان فسخ العامل لم يستحق شيئاً ، لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل ، وقد تركه فسقط حقه . وأن فسخ رب المال ، فان كان قبل العمل لم يلزمه شىء ، لانه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل ، فلم يلزمه شىء ، كما لو فسخ المضاربة قبل**

العمل . وان كان بعد ما شرع فى العمل لزمه أجرة المثل لما عمل ، لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه اجرته ، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع فى العمل) .

فصـــل وتجوز الزيادة والنقصان فى الجعل قبل العمل ، فان قال : من رد عبدى فله دينار ، ثم قال : من رده فله عشرة ، فرده رجل استحق عشرة ، وان قال : من رد عبدى فله عشرة ، ثم قال : مـن رده فله دينار ، استحق الدينار ، لانه مال بذل فى مقابلة عمـــل فى عقـد جـاز ، والزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح فى المضاربة).

فصـــل وان اختلف العامل ورب المال فقال العامل : شرطت لى الجعل وانكر رب المال ، فالقول قول رب المال ، لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان ، وان اختلفا فى عين العبد فقال السيد : شرطت الجعل فى رد غيره .

وقال العامل : بل شرطت الجعل فى رده ، فالقول قول المالك ، لأن العامل يدعى عليه شرط الجعل فى عقد الأصل عدمه ، فكان القول فيه قوله ، وان اختلفا فى قدر الجعل تحالفا كما قلنا فى البيع ، فاذا تحالفا رجع الى اجـرة المثل كما رجع فى البيع بعد هلاك السلعة الى قيمة العين .

وان اختلف العامل والعبد فقال العامل : انا رددته . وقال العبد جئت بنفسى وصدقه المولى ، فالقول قول المولى مع يمينه ، لان الأصل عدم الرد ، وعدم وجوب الجعل ، وبالله التوفيق) .

الشرح قلنا : إن العقود منها الجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة (والجعالة قبل الفراغ من العمل) ومن ثم يجـوز لأى منهما الفسخ قبل تمام العمل ، لأنه عقد جائز من الطرفين ، أما من جهـة الجاعل فمن حيث إنها تعلق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية .

وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالفرائض ، وإنما يتصور الفسخ من العامل فى الابتداء إذا كان معينا بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه فى العمـــل ، والمـــراد بالفسخ رفع العقد ورده ، وخرج بقوله : قبل العمل ، ما بعده ، فإنه لا أثر للفسخ ، لأن الجعل قد لزم واستقر ، وعلم من جوازها انفساخها بمـوت

أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه ، فلو مات المالك بعد الشروع فى العمل فرده إلى وارثه استحق قسط ما عمله فى الحياة من المسمى .

وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضاً ، فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شىء له ، لأنه لم يعمل شيئاً فى الأولى ، ولأن الجعل إنما يستحق فى الثانية بتمام العمل ، وقد فوته باختياره .

وإن فسخ المالك بعد الشروع فى العمل فعليه أجرة المثل لما مضى فى الأصح لأن جوازه يقتضى التسلط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالإجارة إذا فسخت بعيب

والثانى : لا شىء للعامل كما لو فسخ بنفسه ، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلا كرد الضال إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال : إن علمت ابنى القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ولا يشكل ما رجحوه هنا كما يقول الرملى من استحقاق أجرة المثل بقولهم : إذا مات العامل أو المالك فى أثناء العمل حيث ينفسخ ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى فى مسئلتنا بفسخه بخلافه فى تلك ، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل فى الانفساخ تمم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه بخلافه فى الفسخ ، محل نظر ، إذ لا أثر له فى الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ، ومن أجرة المثل أخرى كما هو ظاهر للمتأمل .

فــــرع ويجوز للمالك أن يزيد وينقص فى العمل وفى الجعل ولو من غير جنسه ونوعه قبل الفراغ كالمبيع فى زمن الخيار ، سواء ما قبل الشروع فى العمل أو بعده ، لأنه عقد جائز ، فلو قال : من رد ضالتى فله عشرة ، ثم قال من ردها فله خمسة أو عكس فالاعتبار بالأخير من قوليه ، أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجرة المثل له ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ،

والفسخ فى أثناء العمل يقتضى الرجوع إلى أجرة المثل ، ومحله قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير ، فإن لم يعلم به فيما إذا كان معيناً ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين . هكذا أفاده فى النهاية .

وقال الغزالى فى الوسيط : ينقدح أن يقال : يستحق أجر المثل وهو الراجح وقال الماوردى والرويانى وأقره السبكى : يستحق الجعل الأول ، كما أقر ذلك البلقينى وغيره ، فعلى الأول لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ، ومن سمع النداء الثانى استحق الأول نصف أجرة المثل والثانى نصف المسمى الثانى ، وعلى قول الماوردى والرويانى والسبكى والبلقينى للأول نصف الجعل الأول والثانى نصف الثانى .

أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر ، لأن المال قد لزم ، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ؛ ولهذا قال النووى : ولو مات الآبق فى بعض الطريق أو هرب فلا شىء للعامل .

قال الشراح : لأنه لم يرده والاستحقاق معلق بالرد ، ويخالف موت أجير الحج فى أثناء العمل فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمله فى الأصح لأن القصد بالحج الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض ، والقصد هنا الرد ولم يوجد ، ولو لم يجد المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل ، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه ، ويجرى ذلك فى سائر ما يتلف من محال الأعمال .

فــرع إذا اختلف المالك والعامل فقد قال النووى رضى الله عنه يصدق المالك بيمينه إذا أنكر شرط الجعل أو سعى العامل ا هـ .

والأول كأن يقول : ما شرطت الجعل ، أو شرطته فى شىء آخر .

والثانى كأن يقول : لم ترده أنت وإنما رده غيرك ، أو عادت الضالة بنفسها من غير سعى منك ، لأن الأصل عدم الرد والشرط وبراءة ذمته ، فلو اختلفا بعد الاستحقاق فى قدر الجعل أو جنسه أو صفته أو فى قدر العمل

كأن قال شرطت مائة على رد ضالتين فقال العامل بل على رد هذا فقط تحالفا، وللعامل أجرة المثل كما فى القراض والإجارة ، كل هذا إذا اختلفا بعد الفراغ من العمل والتسليم ، أو قبل الفراغ من العمل فيما إذا وجب للعامل قسطه من العمل الذى عمله وله جعالة ، فإن كان العمل مضبوطا مقدراً فإجارة ولو احتاج إلى تردد غير مضبوط فجعالة والمراد أنه يجوز عقد الإجارة فى الشق الأول دون الثانى ، ويد العامل على المأخوذ إلى رده يد أمانة .

ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كأن خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره ، وإن خلاه بلا تفريط كأن خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكه ، فإن أنفق عليه مدة الرد فمتبرع إلا إن أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كلام النووى فى الروضة
فى أحكام الجعالة

فمنها الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل ، فأما بعد تمام العمل فلا أثر للفسخ ، لأن الدين لزم ، ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع فى العمل فلا شىء للعامل كما لو فسخ بنفسه . والصحيح أنه يستحق أجرة المثل لما عمل ، وبهذا قطع الجمهور وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل .

ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ ، لم يستحق شيئا إن علم بالفسخ ، فإن لم يعلم بنى على الخلاف فى نفوذ عزل الوكيل فى غيبته قبل علمه .

فـــرع تنفسخ الجعالة بالموت ، ولا شىء للعامل لما عمله بعد موت المالك ، فلو قطع بعض المسافة ، ثم مات المالك فرده إلى وارثه ، استحق من المسمى بقدر عمله فى الحياة .

فـــرع ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص فى الجعل ، وتغير

جنسه قبل الشروع فى العمل ، فلو قال : من رد عبدى فله عشرة ثم قال : من رده فله خمسة أو بالعكس فالاعتبار بالنداء الأخير ، والمذكور فيه هو الذى يستحقه الراد".

لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير ، قال الغزالى : يحتمل أن يقال : يرجع إلى أجرة المثل . وأما بعد الشروع فى العمل ففى كلام صاحب المهذب وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل ، وفى كلام الغزالى قبل الفراغ فالظاهر أنه فى أثناء العمل يؤثر فى الرجوع إلى أجرة المثل ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ فى أثناء العمل يقتضى أجرة المثل .

فــرع ومن أحكامها توقف استحقاق الجعل علم تمام الجعل على تمام العمل فلو سعى فى طلب الآبق فرده فمات فى باب دار المالك قبل أن يسلّمه إليه أو هرب أو غُصِب أو تركه العامل فرجع ، فلا شىء للعامل لأنه لم يرد .

قلت : ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق أو تركه أو بنى بعض الحائط فانهدم أو تركه فلا شىء للعامل ، قاله أصحابنا والله أعلم .

فــرع لو رد الآبق لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق .

فــرع قال : إن علمت هذا الصبى أو علمتنى القرآن فلك كذا فعلمه البعض وامتنع من تعليم الباقى فلا شىء له ، وكذا إن كان الصبى بليداً لا يتعلم ، لأنه كمن طلب العبد فلم يجده ، ولومات الصبى فى أثناء التعليم استحق أجرة ما علمه لوقوعه مسلما بالتعليم بخلاف رد الآبق ، وإن منعه أبوه من التعلم فله أجرة المثل لما علمه .

فــرع قال : من رد على عبدى إلى شهر فله كذا قال القاضى أبو الطيب : لا يصح لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل غرض المالك ، كما لا يجوز تقدير مدة القراض .

فــــرع لو قال : بع لى هذا أو اعمل كذا ولك عشرة دراهم ففى بعض التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدَّرا فهو اجارة ، وان احتاج إلى ترد أو كان غير منضبط فهو جعالة .

قال الامام الرافعى وحــكاه النووى فى الروضــة عنه فرع لم أجــده مسطوراً .

يد العامل على ما يقع فى يده إلى أن يره يد أمانة فلو رفع يده عن الدابة وخلاها فى مضيعة فهو تقصير مضمن ، ونفقة العبد والدابة مدة الرد يجوز أن تكون كما ذكرنا فى مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنــده ، ويجوز أن يقال : ذلك للضرورة وهنا أثبت العامل يده مختــاراً فليتكلف المؤنة ويؤيد هذه العادة ثم قال النووى :

قلت : عجب قول الإمام الرافعى فى نفقة المردود : لا أعلمه مسطوراً ، وأنه يحتمل أمرين ، وهذا قد ذكره القاضى ابن كج فى كتابه التجريد وهو كثير النقل عنه ، فقال : إذا عليه الراد فهو متبرع عندنا . وهذا الذى قاله ظاهر جارٍ على القواعد . وقول الرافعى : وخلاها فى مضيعة لا حاجة إلى التقييد بالمضيعة فحيث خلاها يضمن والله أعلم .

فــــرع قال : إن أخــبرتنى بخــروج زيد من البــلد فلك كذا فأخبره ، ففى فتاوى القفال : أنه إن كان له غرض فى خروجه اســتحق ، وإلا فلا ، وهذا يقضى كونه صادقاً ، وينبغى أن ينظر هل يناله تعب أم لا ؟ قال النووى :

قلت : ومما يتعلق بالباب وتدعو إليه الحاجة ما ذكره القاضى حســين وغيره ، وهو مما لا خلاف فيه أنه لو كان رجلان فى بادية ونحوها فمرض أحدهما وعجز عن السير ، لزم الآخر المقام من معه إلا أن يخاف على نفسه ، فله تركه . وإذا أقام فلا أجرة له ، وإذا مات أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته ، ولا يكون مضموناً . قال القاضى : وكذا لو غشى عليه قال : وأما وجوب أخذ هذا المال ــ فإن كان أميناً ــ ففيــه قولان كاللقطة .

وعندى أن المذهب هنا الوجوب ومنها ما ذكره ابن كج ، قال : إذا وجدنا عبيداً أبقوا ، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم ، فإن لم يجيء لهم صاحب باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم ، فإذا جاء صـاحبهم فليس له غير الثمن ، وإذا سرق الآبق قطع كغيره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب السبق والرمى

تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل ، المضمرة منها ، من الحفيا الى ثنية الوداع . وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق » .

وروى انس ان النبى صلى الله عليه وسلم « كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق ، فجاء اعرابى على قعود له فسبقها ، فشق ذلك على المسلمين ، فقالوا : يا رسول الله سبقت العضباء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة شىء الا وضعه ».

وروى سلمة بن الاكوع قال : « أتى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نترامى فقال : حسن هذا لعباً ، ارموا يا بنى اسماعيل ، فان اباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع ابن الأدرع ، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا : غلب يا رسول الله من كنت معه ، قال : ارموا وأنا معكم جميعاً » فان كان ذلك للجهاد فهو مندوب اليه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة (١) ـ الا ان القوة هى الرمى . قالها ثلاثا » .

وروى عقبة بن عامر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ارموا واركبوا ، ولأن ترموا أحب الى من أن تركبوا ، وليس من اللهو الا ثلاثة ، ملاعبة الرجل أهله ، وتأديبه فرسه ، ورميه بقوسه ، ومن علمه الله الرمى فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها ، وان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير ، والرامى ، ومنبله » .

فصل ويجوز ذلك بعوض لما روى انه « سئل عثمان رضى الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم . راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك

---

(١) من الآية ٦٠ من سورة الأنفال .

وأعجبه » والرهن لا يكون الا على عوض ، ولأن فى بذل العوض فيه تحريضاً على التعلم والاستعداد للجهاد .

فصـــل ويجوز أن يكون العوض منهما ، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال ، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه اخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل فى سبيل الله، ولا يجوز الا على عوض معلوم اما معينا أو موصوفا فى الذمة ، لأنه عقـــد معاوضة فلم يجز الا على عوض معلوم كالبيع . ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عينا ودينا ، فجاز أن يكون حالا ومؤجلا ، كالثمـن فى البيع .

فصـــل فان كان العوض من احدهما أو من السلطان أو من رجـل من الرعية فهو كالجعالة ، وان كان منهما ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يلزم كالاجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالاجارة .

(والثانى) انه لا يلزم كالجعالة ، لأنه عقد ببذل العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجعـالة . فان قلنـا : انه كالاجارة كان حكمهما فى الرهـــن والضمين حكم الاجارة ، وحكمهما فى خيار المجلس ، وخيار الشرط حـكم الاجارة ، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه ، ولا الزيادة ولا النقصـان بعد لزومه ، كما لا يجوز ذلك فى الاجارة . وان قلنا : انه كالجعالة كان حكمه فى الرهن والضمان حكم الجعالة وقد مضى ذلك فى كتاب الرهن والضمان ، فأما الفسخ والزيادة والنقصان ـ فان كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان ـ فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص ، لأنه عقـد جائز لا ضرر على احد فى فسخه ، والزيادة والنقصان فيه . وان كانا غـير متكافئين نظرت ـ فان كان الذى له الفضـل هو الذى يطلب الفســخ والزيادة فيه ، فملك الفسخ والزيادة فيه .

وان كان الذى عليه الفضل هو الذى يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان

(احدهما) له ذلك ، لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه .

(والثانى) ليس له لأنا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد احداً ، لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود) .

الشرح حديث ابن عمر رضى الله عنهما متفق عليه ورواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه بلفظ « سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل فأرسلت التى ضمرت منها وأمدها الحفياء إلى ثنية الوداع ، والتى لم تضمر أمدها ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق » . وزاد البخارى قال : قال سفيان « من الحفياء إلى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة . ومن ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق ميل » .

وروى أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل وفضل القرح فى الغاية » .

أما حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخارى بلفظ « كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة تسمى العضباء ، وكانت لا تسبق ، فجاء أعرابى على قعود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا : سبقت العضباء » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه » .

أما حديث سلمة بن الأكوع فقد أخرجه أحمد والبخارى بلفظ « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون بالسوق فقال : ارموا يا بنى إسماعيل فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع بنى فلان ، قال : فأمسك أحد الفريقين بأيديهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما لكم لا ترمون ؟ قالوا : كيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال : ارموا وأنا معكم » .

وفى رواية عند ابن حبان والبزار عن أبى هريرة فى مثل هذه القصة « وأنا مع ابن الأدرع » وعند الطبرانى من حديث حمزة بن عمرو الأسلمى « وأنا مع محجن بن الأدرع » وفى رواية « وأنا مع جماعتكم » وفى رواية للطبرانى : « أنهم قالوا : من كنت معه فقد غلب » وكذا فى رواية ابن إسحاق .

أما حديث عقبة بن عامر الجهنى فقد رواه أحمد ومسلم ، ولفظه

« سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة . ألا إن القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى » وفيهما عنه رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « من علم الرمى ثم تركه فليس منا » .

وعنه أيضاً عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعا « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة ، صانعه الذى يحتسب فى صنعته الخير ، والذى يجهز به فى سبيل الله ، والذى يرمى به فى سبيل الله » وقال : « ارموا واركبوا . فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا » وقال : « كل شىء يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثا : رميه عن قوسه وتأديبه فرسه ، وملاعبته أهله ؛ فإنهن من الحق » وفى إسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال .

وقال فيه ابن حجر فى التقريب : خالد بن زيد أو ابن يزيد الجهنى عن عقبة فى الرمى ، مقبول من الثالثة . (قلت) وبقية إسناده ثقات ، وقد أخرجه الترمذى وابن ماجه من غير طريقه . وأخرجه أيضاً ابن حبان . وفى رواية أبى داود زيادة : « ومن ترك الرمى بعدما علمه فإنها نعمة تركها » .

أما اللغات قال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات فى مادة (سبق) :

« لا سبق إلا فى خف أو حافر أو نصل » قال الإمام أبو سليمان الخطابى فى معالم السنن : السبق بفتح السين والباء ما يجعل للسابق على سبقه من جعل ونوال ، وأما السبق بسكون الباء فهو مصدر سبقت الرجل أسبقه سبقاً قال : والرواية الصحيحة فى هذا الحديث السبق مفتوحة الباء ، يريد أن العطاء والجعل لا يستحق إلا فى سباق الخيل والإبل وما فى معناهما من النضال وهو الرمى . هكذا قال الشيخ تقى الدين بن الصلاح رحمه الله تعالى أن الرواية الصحيحة فيه فتح الباء وقوله فى باب المسابقة من المهذب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى رضى الله تعالى عنه : يا على قد جعلت إليك هذه السُّبقة بين الناس وهو بضم السين وإسكان الباء ، هكذا قيده جماعة من المصنفين فى ألفاظ المهذب وذكر بعض المصنفين منهم أنه روى بفتح السين وأنكره المحققون وقالوا : الصواب الضم ومعناه أمر المسابقة .

قال الواحدى فى تفسير أول سورة الحجر : سبق إذا كان واقعاً على شخص فمعناه جاز وخلف كقولك سبق زيد عمراً أى جاز وخلف كقولك سـبق زيد عمراً أي جازه وخلفه وراءه ، ومعنى استأخر قصر عنه ولم يبلغـه ، وأما إذا كان واقعاً على زمان فهو بالعكس من هذا كقولك سـبق فـلان الحول ، وسبق عام كذا ، أى مضى قبل مجيئه ولم يبلغه ومعنى استأخر عنه جاوزه وخلفه وراءه فقوله تعالى « ما تسبق من أمة أجلها » [1] أى لا تقصر عنه فتهلك قبل بلوغ الأجل « وما يستأخرون » [2] أى يتجاوزونه ويتـأخر الأجـل عنهم .

قوله (ضمرت) لفظ البخارى (التى ضمرت والتى تضمر) بسكون الضاد المعجمة والمراد به أن تعلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقل علفها بقدر القوت،وتدخل بيتا فتغشى بالجلال حتى يحمى فتعرق،فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجرى هكذا فى الفتح والنهاية وزاد فى الصحاح : أربعين يوماً وقوله « الحفياء » بفتح فسكون بعد ياء ممدودة وقد تقصر ، وحكى الحازمى تقديم الياء على الفاء وحكى القاضى عياض ضم أوله وخطأه وقوله (ثنية الوداع)من منعطفات الجبال قرب المدينة وكانوا يودعون الحـاج منها ، وقوله (قعود) بفتح القاف وهو ما اسـتحق الركوب من الإبل ، وقال الجوهرى هو البكر حتى يركب وأقل ذلك أن يكون ابن سـنتين حتى يدخل فى السادسة فيسمى جملا ، وقال الأزهرى : لا يقال إلا للذكر ولا يقال للأنثى قعودة وإنما يقال لها قلوص .

قال : وقد حكى الكسائى فى النوادر قعودة للقلوص ، وكلام الأكثر على غيره . وقال الخليل بن أحمد : القعودة من الإبل ما يقعده الراعى لحمل متاعه . قولة : (تسمى العضباء) بفتح العين وسكون الضاد المعجمة ومد وقوله : (وكانت لا تسبق) زاد البخارى : وقال حميد : أولا تكاد تسبق) شك منه وهو موصول باسناد الحديث المذكور .

---

(١) الآية : ٥ من سورة الحجر .
(٢) الآية : ٥ من سورة الحجر .

أما الأحكام قال فى الروضة : المسابقة والمناضلة جائزتان بل سنتان إذا قصد بها التأهب للجهاد قال النووى رحمه الله تعالى :

قلت : يكره لمن علم الرمى تركه كراهة شديدة ففى صحيح مسلم عن عقبة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من علم الرمى ثم نسيه فليس منا أو قد عصى) ويجوز شرط المال فى المسابقة والمناضلة . اهـ .

وفى السبق طرفان الأول : فى شروطه وهى عشرة :

(الأول) : أن يكون المعقود عليه عدة للقتال ، لأن المقصود منه التأهب للقتال ، لهذا قال الصيمرى : لا يجوز السبق والرمى من النساء ، لأنهن لسن أهلا للحرب ثم الأصل فى السبق الخيل والإبل ، لأنها التى يقاتل عليها غالباً ، وتصلح للكر والفر بصفة الكمال ، وتجوز المسابقة على الفيل والبغل والحمار على المذهب ، وقيل بالمنع فيها ، وقيل بالمنع فى البغل والحمار ، وقيل : فى الجميع خلاف . وأما المناضلة ، فتجوز على السهام العربية والعجمية وهى النشاب ، وعلى جميع أنواع القسى ، حتى تجوز على الرمى بالمسلات والإبر وفى المزاريق — جمع مزراق — وهو رمح قصير والزانات ورمى الحجارة باليد وبالمقلاع والمنجنيق طريقان : (أحدهما) : الجواز . (والثانى) وجهان أصحهما : الجواز ، ولا تجوز المسابقة باشالة الحجر باليد على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل : وجهان ، وأما مراماة الأحجار ، وهى أن يرمى كل واحد الحجر إلى صاحبه فباطلة ، وأما المسابقة على التردد بالسيوف والرماح فقيل بمنعها ، لأنها لا تفارق صاحبها ، وإلا يصح الجواز لأنها من أعظم عدد القتال ، واستعمالها يحتاج إلى تعلم وتحذق والمسابقة على الحمام وغيره من الطيور وعلى الأقدام والسباحة فى الماء والطيارات والزوارق والمصارعة فجائزة بلا عوض ، والأصح منها بالعوض — هكذا أفاد هذا كله فى الروضة كأصلها .

فإن جوزنا الصراع ففى المشابكة بالأيدى أو الملاكمة بالقفازين وجهان ولا تجوز على مناطحة الشياه ، ومهارشة الديكة لا بعوض ولا بغيره .

فـــرع لا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينتفع به فى الحـــرب كاللعب بالشطرنج والخاتم والصولجان وهو أشبه بالهوكى ، وكذلك الرمى بالبندق والجلاهق (وهو طين يرمى عن قوس خاص به ، والوقوف على رجل واحدة ، ومعرفة ما فى اليد من شفع ووتر ، وسائر أنواع اللعب .

وأما المقل فى الماء وما يســمى فى عصرنا بالضفادع البشرية فإن جــرت العادة بالاستعانة به فى الحرب كإغراق سفن الأعداء وبث الألغام حول ثغور المسلمين لتأمينها من غارات ، فإنه كالسباحة يجوز المسابقة عليه بغير عوض وبعوض .

قال النووى رحمه الله تعالى :

لا تجوز المسابقة على البقر على المذهب ، وقيل : وجهــان ، حــكاه الدارمى ، قال : والذى تجوز به المسابقة عليه من الخيل ؛ قيل : ما يسهم له وهو الجذع أو الثنى ، وقيل : إن كان صــغيراً قال : ولا تجــوز على الكلب .

(الشرط الثانى) الإعلام ، فيشترط إعلام الموقف الذى يبدآن بالجرى منه ، والغاية التى يجريان إليها ، ويشترط تساوى المتسابقين فيهما ، ولو لم يعينا غاية وشرطا المال لأسبقهما حيث سبق ، لم يجــز . ولو عينا غاية وشرطا أن السبق إن اتفق فى وسط الميدان لأحدهما كان فائزاً لم يجــز على الأصح لأنا لو اعتبرنا السبق فى خلال الميدان لاعتبرناه بلا غاية معينة ، ولو عينا غاية وقالا : إن اتفق السبق عندها فذاك ، وإلا عدينا إلى غاية أخرى اتفقا عليها ، جاز على الأصح لحصول الإعلام ، وكون كل واحــدة من الغايتين معلومة .

فـــرع يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر .

(الشرط الثالث) : أن يشترط للسابق كل المال أو أكثره . فإذا تسابق اثنان وبذل المال غيرهما فإن شرطه للسابق منهما فذاك ، وإن شرطه للثانى ، أو شرط له مثل الأول لم يجز ، وإن شرط للثانى أقل مما شرط للأول جاز على الأصــح .

وإن تسابق ثلاثة وشرط باذل المال المال للأول جاز ، وإن شرطه للثانى أو شرط له أكثر من الأول ، لم يجز على الأصح ، وقيل : يجوز ، لأن ضبط الفرس فى شدة عدوه ليقف فى مقام الثانى يحتاج إلى حذق ومعرفة ، وإن شرط له مثل ما شرط للأول ، جاز على الأصح ، لأن كل واحد يجتهد هنا أن يكون أولا وثانياً . وإن شرط له دون ما شرط للأول جاز على الصحيح ، ويخرج من هذا الاختلاف فى الثلاثة أربعة أوجه : (أحدها) يجوز أن يشرط الجميع للثانى (والثانى) لا يجوز شرط شىء له (والثالث) يجوز له شرط بشرط تفصيل السابق ، والأصح يجوز أن يشرط له بحيث لا يفضل على السابق ، وأما الفِسْكِل بكسر الفاء والكاف وإسكان السين المهملة بينهما وهو الأخير فلا يجوز أن يساوى بمن قبله ويجوز أن يشرط له دون ما شرط لمن قبله على الأصح كما سبق فى الاثنين ، ويقاس بها ما إذا تسابق أكثر من ثلاثة حتى لو كانوا عشرة ، وشرط لكل واحد سوى الفسكل مثل المشروط لمن قبله ، وفى شرط شىء للفسكل الوجهان ، ولو أهمل بعضهم بأن شرط للأول عشرة وللثالث تسعة وللرابع ثمانية ، فهل يجوز ؟ وجهان : (أحدهما) لا ، لأن الرابع والثالث يفضلان من قبلهما . (والثانى) نعم ، ويقـــام الثالث مقام الثانى والرابع مقام الثالث ، وكأن الثانى لم يكن ، وإذا بطل المشروط فى حق بعضهم ففى بطلانه فى حق من بعده وجهان ، وهذا الوجهان مع الوجهين فى الإهمال مبنيان على أن من بطل السبق فى حقه هل يستحق على الباذل أجرة المثل ؟ وفيه خلاف يأتى إن شاء الله ، فإن قلنا : لا ، بطل العقد فى حق من بعده لئلا يفضل من سبقه ، وإن قلنا : نعم لم يبطل فى حق من بعده ، ولا يضر كون المشروط له زائداً على أجـرة المثـل ، لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد ، وأجرة المثل غير مستحقة بالعقد واعلم أن الصور المذكورة فيما لو كان باذل المـال غـير المتسابقين ويمكن فرضها أو فرض بعضها فيما لو بذله أحدهما بأن يتسابق اثنان ويبذل أحدهما مالا على أنه إن سبق دفع إلى الآخر منه كذا ، وإن سبقه الآخر أمسك لنفسه منه كذا .

(الشرط الرابع) أن يكون فيهم محلل ، ومال المسابقة قد يخـــرجه المتسابقان أو أحدهما أو غيرهما .

الحالة الأولى : أن يخرجه غيرهما فيجوز للإمام أن يخرج المال من خاص نفسه ومن بيت المال ، لما فيه من التحريض على تعلم الفروسية ، وإعداد أسباب القتال ، ويجوز للواحد من الرعية إخراجه من مال نفسه ، لأنه بذل مال في طاعة ، ويثاب عليه إذا نوى ، وسواء تسابق اثنان أو أكثر ومن سبق أخذ المال .

الحالة الثانية : أن يخرجه أحدهما ويشرطانه إن سبق أحرزه ولا شيء له على الآخر ، وإن سبق الآخر أخذه ، فيجوز . ولو تسابق أكثر من اثنين وأخرجه اثنان فصاعداً ، وشرطوا أن من سبق من المخرجين لم يحرز إلا ما أخرجه ومن سبق من غيرهم أخذ ما أخرجه المخرجون جاز أيضاً .

الحالة الثالثة : أن يخرجه المتسابقان فيقول كل واحد : إن سبقتك فلى عليك كذا ، وإن سبقتنى فلك علىّ كذا فهذا لا يجوز ، لأنه صورة قمار إلا أن يدخلا بينهما محللا وهو ثالث يشاركهما فى المسابقة على أنه إن سبق أخذ ما شرطاه ، وإن سُبِق فلا شيء عليه ، فيجوز لأنه يخرج عن صورة المقامرة .

فإذا قلنا بالمنصوص وكان المتسابقون مائة مثلا ، وليس فيهم إلا محلل واحد ، وشرط أن يأخذ جميع ما أخرجوه إن سبق ولا يغرم إن سبق ، وكل واحد من المتسابقين إن سبق غنم ، وإن سبق غرم ، صح العقد والشرط. قال الإمام : وهنا أصل آخر ، وهو أنهما إذا أطلقا شرط المال للسابق فهل اللفظ للسابق المطلق أم يتناول من سبق غيره وإن كان مسبوقاً لغيره ؟ فيه وجهان الصحيح : الأول ، ويترتب على الأصلين الحكم فى صور مجىء المتسابقين ، فإذا تسابق أثنان ومحلل ، نظر إن جاء المحلل ثم أحدهما ثم الفِسْكِل فللمحلل ما أخرجه الآتى بعده بلا خلاف ، وفيما أخرجه الفسكل ثلاثة أوجه (أصحها) أنه للمحلل لأنه السابق المطلق . (والثانى) أنه له وللآتى بعده ، لأنهما سبقا الفسكل . (والثالث) هو للآتى بعده وحده ، ولو سبق المحلل ثم جاءا معاً فله السبقان بلا خلاف ولو سبق المحلل مع أحدهما فالذى سبق مع المحلل يحرز ما أخرجه وأما ما أخرجه الآخر فهو

له وللمحلل على الصحيح المنصوص . وعند ابن خيران للمحلل خاصة . ولو سبق أحدهما ثم الثانى مع المحلل أو جاء الثانى ثم المحلل أحرز السابق ما أخرجه وله أيضاً ما أخرجه الآخر على المنصوص ، وعند ابن خيران لا يأخذه ولا شيء للمحلل على المذهبين .

(الشرط الخامس) أن يكون سبق كل واحد منهما ممكنا فإن كان فرس أحدهما أو فرس المحلل ضعيفاً يقطع بتخلفه أو فارهاً يقطع بتقدمه لم يجز ، هكذا أطلق عامة الأصحاب وقال الإمام : إن أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز أحرز ما أخرجه وإلا فهو لصاحبه ، وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يُسبق ، فهذه مسابقة بلا مال ، وإن كان يقطع بأنه يسبق ، ففى صحة هذه المعاملة وجهان (أصحهما) : الصحة ، وحاصلها : إخراج مال لمن يقطع بأنه يسبقه فأشبه ما لو قال لرجل : ارم كذا ، فإن أصبت منه كذا فلك هذا المال ؛ وإن أخرج كل واحد منهما مالاً وأدخلا محللا يعلم تخلفه قطعاً فلا فائدة فى إدخاله ويبقى العقد على صورة القمار فيبطل وإن تيقن سبقه ففيه الوجهان ؛ وإن أخرجا المال ولا محلل ــ وأحدهما بحيث يقطع بسبقه ــ فالذى يسبق كالمحلل ، لأنه لا يستحق عليه شيء ، وشرط المال من جهته لغو . ا هـ .

قال الرافعى رحمه الله : وهذا التفصيل الذى ذكره الإمام حسن ، ولو كان سبق أحدهما ممكناً على الندور ففى الاكتفاء به للصحة وجهان أصحهما وأقربهما إلى كلام الأصحاب : المنع ، ولا اعتبار بالاحتمال النادر ، ويتعلق بما نحن فيه اختلاف المركوبين جنساً ونوعاً ، أما النوع فلا يضر ، فتجوز المسابقة بين فرس عربى وعجمى ، وعربى وتركى . وقال أبو إسحاق: إذا تباعد نوعان كالعتيق والهجين من الخيل ، والنجيب والبختى من الإبل لم يجز ، وينبغى أن يرجح هذا ، وإن كان الأول أشهر لأنه إذا تحقق التخلف فأى فرق بين أن يكون لضعف أو لرداءة نوع ؟ ؟ !

قال النووى رحمه الله تعالى : قول الأكثرين : تجوز بين العتيق والهجين والنجيب والبختى محمول على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب ، كما

ذكرناه ، فقول أبى إسحاق ضعيف إن لم يرد به هذا فإن أراده ارتفع الخلاف والله أعلم .

وأما إذا اختلف الجنس فإن كان كبعير وفرس ، أو فرس وحمار فالأصح: المنع ، وإن كان بغلا وحماراً وجوزنا المسابقة عليهما فالأصح . الصحة ، وبه أجاب ابن الصباغ .

(الشرط السادس) تعيين المركوبين ، فإن أحضرت الأفراس وعقد على عينها فذاك ، وإن وصفت وعقد على الوصف فهل تصح ؟ وجهان ، أصحهما: نعم وبه قال العراقيون ، قال الإمام هو الأوجه ، كما قام الوصف فى السلم والزنا مقام الإحضار ، ونقل الإمام عن العراقيين أنه إذا جرت المسابقة مطلقة كان كجرن المناضلة مطلقة . وإذا تعلق العقد بعين فرس لم يجز إبداله ، فإن هلك انفسخ العقد ، وإذا عقد على الوصف ثم أحضر فرس فينبغى أن لا ينفسخ العقد بهلاكه .

(الشرط السابع) أن يسبقا على الدابتين فلو شرطا ليجريا بأنفسهما فالعقد باطل .

(الشرط الثامن) أن يكون المسافة بحيث يمكن للفرسين قطعها ولا ينقطعان وإلا فالعقد باطل .

(الشرط التاسع) : أن يكون المال المشروط معلوماً ويجوز أن يكون عيناً ودينا وبعضه عيناً وبعضه ديناً وحالا ومؤجلا وكل هذا سيأتى مفصلا إن شاء الله تعالى .

(الشرط العاشر) اجتناب الشروط الفاسدة ، فلو قال : إن سبقتنى فلك هذا الدينار ولا أرمى بعد هذا أولا أناضلك إلى شهر بطل العقد نص عليه الشافعى ولو شرط على السابق أن يطعم السبق أصحابه بطل العقد على الصحيح ، قال أبو إسحاق : يصح وقبوله الاطعام وعد إن شاء الله وفى به وإن شاء لم يف قلت : وفى (التنبيه) للشيخ أبى إسحاق المصنف وجهان آخران :

(أحدهما) يفسد المسمى ، ويجب عوض المثل .

(والثانى) يصح العقد ولا عوض .

وفى هذه الأحاديث وغيرها مما سيأتى فى موضعه دليل على جواز المسابقة ومشروعيتها على جعل وعلى غير جعل ، فإن كان الجعل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق جائزة جاز أو من أحدهما جاز عند الجمهور. وكذا إذا كان معهما ثالث محلل بشرط أن لا يخرج من عنده شيئاً ليخرج العقد عن صورة القمار وعلى تفصيل سيأتى فى موضعه .

وقد وقع الاتفاق على جواز المسابقة بغير عوض لكن قصرها مالك والشافعى على الخف والحافر والنصل ، وخصمه بعض العلماء بالخيل ، وأجازه عطاء فى كل شيء .

وقد حكى عن أبى حنيفة أن عقد المسابقة على مال باطل . وحكى عن مالك أيضاً أنه لا يجوز أن يكون العوض وقوله أن لا يرفع شيئا الخ فى رواية موسى بن إسماعيل : أن لا يرتفع ، وكذلك فى رواية للبخارى ، وفى رواية للنسائى : « أن لا يرفع شيء نفسه فى الدنيا » ولم أطلع على رواية فى طرق الحديث فيه لفظ « القذر » والله أعلم .

فإذا عرف أن السبق والرمى قد ثبتا بالسنة المستفيضة عرف أيضا أنهما ثبتا بالإجماع ، والسبق والرماية عنصران فارهان من عناصر مكونات المرء المسلم القوى . وقد بلغ من حرص النبى صلى الله عليه وسلم على أن يهتم أصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصاً جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويحث على حضورها ويقول صلى الله عليه وسلم : « احضروا الهدف فإن الملائكة تحضره ، وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة » .

قال الماوردى فى الحاوى الكبير : فإذا ثبت جواز السبق والرمى فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد . ومباح إن قصد به غيره ، لأنه قد

يكون عدة للجهاد ويجوز أخذ العوض فى المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنصفه . وحكى عن أبى حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال ، فمن متأخرى أصحابه من أنكره من مذهبه وجعله موافقا .

وقال مالك : إن أخرجه السلطان من بيت المال جاز ، وإن أخرجه المتسابقون المتناضلون لم يجز ، استدلالا بأمرين (أحدهما) أنه أخذ عوض على لعب فأشبه أخذه على اللهو والصراع (والثانى) أنه أخذ مال على غير بدل فأشبه القمار .

ودليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا سبق إلا فى خف أو حافر أو نصل » فلما استثناه فى الإباحة دل على اختصاصه بالعوض ، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض .

وقول المصنف : لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه الخ . يؤخذ على المصنف فيه أمور :

(أحدها) أنه ساق الحديث بقوله روى بصيغة التمريض . والحديث رواه أحمد فى مسنده والدارمى فى سننه والدارقطنى والبيهقى ، ولفظ أحمد بإسناده إلى أنس وقيل له « أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يراهن ؟ قال : نعم والله لقد راهن على فرس يقال له : سبحة فسبق الناس فبهش [1] لذلك وأعجبه « ورواية الدارمى والدارقطنى والبيهقى عن أبى لبيد قال : أتينا أنس بن مالك وأخرج نحوه البيهقى من طريق سليمان بن حزم عن حماد بن زيد أو سعيد بن زيد عن واصل مولى أبى عتبة قال : حدثنى موسى بن عبيد قال : « كنا فى الحجر بعد ما صلينا الغداة فلما أسفرنا إذا فينا عبد الله ابن عمر فجعل يستقرينا رجلا رجلا ويقول : صليت يا فلان ؟ حتى قال : أين صليت يا أبا عبيد ؟ فقلت : ههنا ، فقال : بخ بخ ، ما يعلم صلاة أفضل

---

(١) بهش بالباء الموحدة والشين المعجمة اى هش وفرح .

عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة ، فسألوه : أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم ، لقد راهن على فرس يقال لها سبحة فجاءت سابقة » .

(ثانيها) أنه قال : سئل عثمان ورواية أحمد السؤال كان موجها إلى أنس .

ورواية الدارمى والدارقطنى والبيهقى من حديث أبى لبيد قال : أتينا أنس بن مالك ، وأخرج نحوه البيهقى من طريق سليمان بن حزم التى أوردناها متصلة مسندة إلى ابن عمر وليس فى شيء منها سئل عثمان رضى الله عنه .

(ثالثها) رواية بعض ألفاظ الخبر بالمعنى كقوله : فهش لذلك بحذف الباء ، وقد تكون هذه الأخيرة من أخطاء النساخ أو الطباعين .

اذا ثبت هذا فإذا صح جواز السبق بعوض وغير عوض فهو بغير عوض من العقود الجائزة دون اللازمة ، وإن كان معقوداً على عوض ففى لزومه قولان :

(أحدهما) أنه من العقود اللازمة كالإجارة ، ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه إلا عن تراض منهما بقسمته ، ولا يدخله خيار الثلاث . وفى دخول خيار المجلس فيه وجهان كالإجارة ، فإن شرعا فى السبق والرمى سقط خيار المجلس فيه لأن الشروع فى العمل رضى بالإمضاء .

(والقول الثانى) أنه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة ، وبه قال أبو حنيفة ، ويكون كل واحد من المتسابقين قبل الشروع فى السبق وبعد الشروع فيه بالخيار ما لم يستقر السبق وينبرم ، فإن شرط فيه اللزوم بطل .

فإن قيل بلزومه على القول الأول فدليله شيئان :

(أحدهما) أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوض ، فوجب أن يكون لازما كالإجارة طرداً والجعالة عكسا .

(والثانى) أن ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعاً منه فى العقد ، وبقاء خياره فيه مفض إلى إبطال المقصود به ، لأنه إذا توجه السبق على أحدهما وفسخ لم يتوصل إلى سبق ولم يستحق فيه عوض ، والعقد موضوع لاستقراره واستحقاقه فنافاه الخيار وضاهأه اللزوم .

فإن قيل بجوازه على القول الثانى فدليله شيئان (أحدهما) أن ما صح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة طرداً ، لأنه لا يثق بالغلبة فى السبق والرمى كما لا يثق بوجود الضالة فى الجعالة ، وعكسه الإجارة ، متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح العقد (والثانى) أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً ولا يكون لازماً ، وحاصل ذلك أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو فريقين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما ، فإن كان من غيرهما نظرت ، فإن كان من الإمام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال ، لأن فى ذلك مصلحة وحثاً على تعلم الجهاد ونفعاً للمسلمين ، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الإمام ، لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد ، فاختص به الإمام كتولية الولايات وتأمير الأمراء .

ولصحة العقد على السبق بالأعواض خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتكافآن به وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من مذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه ، أن التكافؤ بالتجانس فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط

الفرس على ما سيأتى قريباً (والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس .

(والشرط الثانى) الاستباق عليها مركوبة لتنتهى إلى غايتها بتدبير راكبها فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالإرسال ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية ، وأنها لا تتنافر فى طيرانها .

(والشرط الثالث) أن تكون الغاية معلومة لأنها مستحقة فى عقد معاوضة فإن وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يجز لأمرين، (أحدهما) جهالة الغاية (والثانى) لأنه يفضى ذلك لإجرائهما حتى يعطبا ويتلفا .

(والشرط الرابع) أن تكون الغاية التى يمتد إليها شوطهما يحتملها الفرسان ولا ينقطعان فيها ، فإن طالت عن انتهاء الفرسين إليها إلا عن انقطاع وعطب بطل العقد لتحريم ما أفضى إلى ذلك .

(والشرط الخامس) أن يكون العوض فيه معلوماً كالأجور والأثمان، فإن أخرجه غير المتسابقين جاز أن يتساويا فيه ويتفاضلا ، لأن الباذل للسبق مخير بين القليل والكثير ، فجاز أن يكون مخيراً بين التساوى فى التفضيل ، ويجوز أن يتماثل جنس العوضين وإن لم يختلف .

قال الشافعى رضى الله عنه : والأسباق ثلاثة سَبَق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعاً به ، وذلك مثل أن يسبق بين الخيل من غاية إلى غاية فيجعل للسابق شيئاً معلوما وإن شاء جعل للمصلى (والثالث ، والرابع ، والذى يليه) بقدر ما رأى ، فما جعل لهم كان على ما جعل لهم ، وكان مأجوراً عليه أن يؤدى فيه وحلالا لمن أخذه .

فــــرع فى أنساب الخيل .

يقال جاد وجود الفرس صار جواداً أى سريع الجرى والخيل جماعة الأفراس جمعها خيول وأخيال والخيل أيضاً تستعمل على المجاز للفرسان وركاب الخيل فيقال أتى بخيله ورجله أى بفرسانه ومشاته والخال بمعنى لجام الفرس تجمع على خيلان . وقال أبو الطيب المتنبى : « الخيل والليل والبيداء تعرفنى والسيف والرمح والقرطاس والقلم » وقيل أيضاً « لا خيل عندك تهديها ولا مال فليحسن النطق ان لم تستعد الحال » .

وجاء فى الأقوال المأثورة « الخيل معقود بنواصيها الخير » أى ان تربية الخيل فيها خير وفائدة والنواصى أو الناصيات مفردها ناصية والناصية تعنى مقدم الرأس . « الخيل تجرى على مساويها » أى إن كان بالخيل أوصاب أو عيوب فإن كرمها يحملها على الجرى وكذلك الكريم الحريص الديار وإن كان ضعيفا .

« والخيل أعلم بفرسانها » يعنى انها اختبرت ركابها فى تعرف الكفل من غيره والكفل من لا يثبت على الخيل ، ومعنى القول المأثور هذا استغن بمن يعرف الأمر . نظراً إلى ما تتمتع به الخيل من قوة الذكاء والإدراك فإنها تقوم بألعاب مدهشة من رقص وقفز وركض فى ساحة مستديرة فى السيرك وحركات رياضية من وقوف على أقدامها أو ركوع على أيديها ، حركات مثيرة للتعجب ان دلت على شيء فإنما تدل على ما يتميزه به الحصان الأصيل من قدرة على التدريب والقيام بكل ما يتعلمه من أعمال .

يضاف إلى ذلك أن الخيل من أكثر الحيوانات تأثرا بالموسيقى وإيقاعها وفرقة « الكاروسيل » التى تعنى بهذا الموضوع هى أشهر من تعرف ثمة مؤسسات أخرى تهتم بتدريب الخيل على الرقص الإيقاعى بتاريخ ٩ أيلول سنة ١٩٥٤ نشرت جريدة (الجريدة) اللبنانية خبرا مفاده أن طفلا فى احدى مزارع الولايات المتحدة الأمريكية كان ينفخ فى آلة موسيقية والجواد يقوم أمامه بحركات راقصة بديعة .

والخيول المعروفة بالجياد الأصيلة أو الممتازة فهى نوع معين من الخيول النقية الأنساب فالخيل التى تجرى فى حلبات السباق هى جياد أصيلة كما

أن الجياد الأصيلة تستخدم فى الركوب ولعبة (البولو) ورحلات الصيد . وهذه الخيول جميعها يرجع أصلها إلى الخيول العربية إذ إن العرب قد اشتهروا منذ قرون عديدة بجيادهم الممتازة وحيث لم يكن لدى أهل البادية فى ما مضى سجلات يرجعون إليها للتحقق من أصل كل حصان عربى نقى اتخذوا حلف اليمين خطة لهم فجعلوا ينقلون ما علق بأسماعهم ممن تقدمهم، حتى بات سلف كل سلالة وكل فصيلة من الخيول معروفا معرفة تامة من القبيلة التى يوجد لديها الفرع الأصلى ومن سائر البدو فى غالب الأحيان وتعتبر قبيلة (عنزه) من أعرق القبائل بأنساب الخيل ولدى كل قبيلة يعنى أهلها بتربية الخيل العربية (نسابون) كما يطلق عليهم هذا الاسم أى مخصصون بمعرفة أنساب الخيل وعلى قولهم كل المعول ولكن أحداث الحياة قضت على الكثير منهم فحملوا معهم ما يعرفون من هذه الأنساب والسلالات فكان من ذلك أن اغمضت على من خلفهم بعض الحقائق المتعلقة بهذه المواضيع ، ويقال ان أصل الخيل العربية يعود إلى أيام اسماعيل ابن إبراهيم الخليل الذى جمع بعضا منها إلى الخيل الأبده أى المتوحشة أو البرية ، فتناسلت وانجبت . ولكن حقيقة أنساب الخيل لم تظهر إلا فى صدر الإسلام .

وبالرغم من عدم الإلمام بعلم تربية الحيوان فى العصور الأولى فقد اشتهر العرب بالمحافظة على أنساب الخيل وعدم الخلط بين سلالاتها ، وكانوا يغارون عليها كثيراً ويحتمون بأن يكون الذكر صحيح النسب ، قوى البنية ، خاليا من العيوب وهذا من أهم أسس التربية فى الوقت الحاضر ولم تقتصر خبرتهم على هذا الأمر فحسب ، بل كانت لهم دراية تامة بشؤون تغذية الخيل وتربيتها وتدريبها حتى لقد كان الرجل منهم يبيت دون عشاء ويشبع فرسه ولا عجب فإن كل من مارس شيئا ولازمه كان أدرى بأوضاعه وأعرف بأحواله من سواه ، وكان العرب لمحبتهم للخيل يضعون لها اسما كما يضعونها لأولادهم من ذلك مثلا ، العسجدى ــ الأعوج ــ الحنفاء ــ الغبراء ــ داحس ــ الحرون ــ وغيرها من الأسماء الكثيرة وينسب العرب جميع الخيول إلى خمسة أصول شهيرة هى الكحيلان ــ الصقلاوى ــ

العبيان ـ الحمدانى ـ الهدبان . ولا تعتبر الخيل نقية العرق وأصيلة ، إلا إذا كانت منحدرة من أحد هذه الأصول . وتسمى العائلات المتفرعة باسم قبائلها ، فينسب الفرع إلى أصله ، ثم يتبع باسم صاحبه الذى قام بتربيته . فيقال مثلا : صقلاوى جدران ـ صقلاوى العبد ـ صقلاوى أرجبى ـ وسوى ذلك .

ثم انتقلت الأفراس إلى بعض الشيوخ واستولدوها عندهم مثل ابن سودان ـ الزبيتى ـ السمن ـ الميفى ـ وأصبحت تنسب إليهم فيقال صقلاوى جدران ابن سودان أو ابن الزبيتى وليس لأى رش طابع خاص يعرف به ويميزه من غيره من الإرسان وإنما اكتسبت كل عائلة شهرتها حسب الظروف التى أحاطت بها والعناية التى تعهدها بها صاحبها الأول أو أصحابها الذين انتقلت إليهم ولا فرق بين رسن ورسن إلا بنقاوته وشهرته القبيلة أو القبائل التى اعتنت بتربية من حيث محافظتها عليه من الاختلاط . وكان العرب يهتمون بالأنثى من الخيل أكثر من الذكر بخلاف الأوروبيين وينسبون المهر عادة إلى أمه فمثلا المهر الذى ولد من حصان صقلاوى وفرس كحيلة عجوز يسمى كحيلان عجوز ويعرف الصف الأول وليس معنى ذلك أنهم كانوا لا يهتمون بالذكر ، بل العكس فقد كانوا يشددون على أن يكون الفحل سليم البنية معروف النسب لاعتقادهم بأن الفلو يأتى مشابها لأبيه .

وأهم أنساب الخيول العربية :

١ ـ الكاحيل الهدايد :

ومنها : كحايل العجوز ـ الصويطيات ـ الحيفيات ـ الخرس ـ التأمريات ـ أبو جنوب ـ المرحيات ـ الجريشيات ـ النواقيات ـ أبو كروش ـ أبو صرير ـ الغزالة ـ أبو عرقوب ـ الحدب ـ الخدلى ـ الدنيس ـ النخيشية ـ طويسة العلكمية .

٢ ـ الشويمات :

ومنها شويمات سباح ، عند ابن نبوة من القمصة وهى أشهرها .

٣ ــ المعانق :

ومنها معنقى حدرجى ــ سبيلى ــ أبو كودله ــ الدمنان ــ شلاجى ــ الأفرع ــ إبراهيم ــ الأرنب .

٤ ــ الجلف :

ومنها جلفان الضحوة ــ سلطام البولاد .

٥ ــ العبيات :

ومنها عبيان شران ــ ابن سمدان ــ العويلى أو الهنيدس ــ السوحيلى ــ الهيونى ــ أبو جريص ــ فضيحى ــ حمرة ــ الشحيم ــ لبدة ــ الدريعى ــ الخضر ــ خرمه ــ دان الديب ــ منيحيذ .

٦ ــ الهدب :

ومنها هدبان نزجى ــ مشيطب ــ الفواعرة .

٧ ــ الصقلاويات :

صقلاوى جدران ــ شعيفى ــ زبينى ــ العبد ــ العجرفى ــ الحيترى ــ نجمة الصبح ــ روجيمى ــ البويرى .

٨ ــ الدهمات :

ومنها دهمان شهوان ــ عامر ــ معجل .

٩ ــ الريشات :

ومنها ريشان شرعى ــ عجرشى ــ الجربوعى ــ علكمى ــ جناح الطير

١٠ ــ السمحات :

ومنها سمحان القميعى ــ الشفيع .

١١ ــ الحمدانيات :

ومنها حمدانى سمرى ــ عفرى ــ الجرن ــ الكويعى .

١٢ ــ الكبيشات :

ومنها كبيشان زفيفى ــ مشلح ــ جقمة ــ عامى .

١٣ ــ السعد :

ومنها سعد الطوقان ــ الحسون ــ النهر .

١٤ ــ الربد :

ومنها ربدة خشيني ــ رزنه ــ وضيحات الحواوير .

١٥ ــ الخلاويات والمليمات :

ومنها خلاويات الرولا ــ ومليحة شحم رأس .

ومن المناطق العربية المعروفة بتربية الخيول :

الفدعان ــ القمصة ــ العمارات ــ بنى صخر ــ العرفه ــ الرولا ــ الضفير ــ المطير ــ الحويطات ــ السبعا ــ نجد ــ شمر .

ويتميز الحصان العربى بملامح وجهه وبعدة أوصاف وخصال متأصلة فيه فهو متوسط الحجم متناسب الأعضاء جميل الطلعة يعجب كل من يراه . زد على ذلك أنه سريع الركض ، سلس الحركات ، سهل الانقياد يمكن تدريبه على مختلف الأعمال فى وقت قصير بعكس الخيول الأجنبية أما قده فهو صغير عادة قل أن يجاوز ١٥٠ سنتيمتراً ، ولكن قوته تشد الانتباه إليه ونشاطه يلفت الأنظار ، والحصان العربى يعتبر أقدم الخيول الأصيلة والمعروفة فى أنحاء العالم وقد ورث صفاته عن أسلافه جيلا بعد جيل ويمتاز كما ذكرنا بصورة خاصة بالسرعة فى العدو وقدرته على احتمال المشقات وقناعته بالعيش المتوفر له وهى صفات اكتسبها بحكم بيئته ونشأته فى بلاد العرب وهى بلاد صحراوية قاحلة قليلة الزرع والكلأ والماء واسعة الأرجاء جبلت على حب الفروسية فنشأ معها الحصان تحيط به هذه العوامل والظروف المميزة بالاضافة إلى خشونة البيئة والوسط المتقشف مما جعله فى كل وقت مطلوبا للجرى السريع والكر والفر وقضاء الأسفار الطويلة الشاقة ، ونشأت منه سلالات عديدة عاشت هذه الظروف فغرست فيها الصفات الأصيلة ومنها سرعة السير والعدو وضمور العضلات وصلابة العود وقوة المقاومة للعوامل الطبيعية .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه لا يوجد نوع من الخيول فى جميع أرجاء العالم إلا وهو مدين للحصان العربى فإليه يرجع الفضل فى تكوين الجمال لدى الخيول الأخرى ، وانتقاص ضخامتها وإكسابها الرشاقة والسرعة فالحصان الإنكليزى المعروف بالأصيل ذو الشهرة العالمية فى ميادين السباق والذى درت تربيته على الامبراطورية البريطانية انذاك ملايين الجنيهات ينحدر من إناث من العروق الإنكليزية القديمة وذكور من خيول شرقية أهمها الخيول الغربية التى دخلت انكلترا فى القرن السابع عشر .

وقد تنبه جميع مربى الخيول فى معظم أنحاء العالم إلى ما يستأثر به الحصان العربى من صفات مميزة وماله من التأثير فى تحسين أنواع الخيول فعمدوا إلى استجلابه وتربيته عندهم لتأصيل العروق المحلية وكانوا يدفعون فيه أثماناً مرتفعة جداً وقد ابتاع الأمير « أورلوف » الروسى فى سنة ١٧٧٨ حصانا عربيا أصيلا بمبلغ ٤٥٠٠ جنيه فى ذلك الزمن .

وقد كانت الخيول البرية تعيش فى آسيا وأوروبا فى أيام إنسان الكهف واعتاد سكان الكهوف أن يصطادوا الخيول كما كانوا يصطادون الماموث لأكل لحومها .

وربما كان الدافع لاستئناس الخيول فى أول الأمر هو الاستفادة من لحومها ولكن سرعان ما اتضح أنها أكثر فائدة عند استخدامها دابة من دواب الحمل وكان استخدام الخيل فى الحروب من أهم فوائدها فى العصور القديمة وفى القرون الوسطى فقد كان المصريون القدماء والأشوريون يخوضون معاركهم فى عجلات حربية تجرها الخيول وكذلك كان فرسان القرون الوسطى يعدون الدروع والألبسة المعدنية لخيولهم كما كانوا يعدونها لأنفسهم ويعتقد كثير من الناس أن الخيول البرية كانت تعيش فى سهول أمريكا الشمالية عندما اكتشف كولومبس العالم الجديد ، كما أنهم يظنون أيضاً أن الهنود الحمر كانوا يصطادون تلك الخيول البرية ويستأنسونها وهذا لا يؤيده البحث العلمى إذ إن الهنود الحمر لم تقع أعينهم على الخيل قبل أن يجلبها الأسبانيون معهم ولولا تلك الخيول لم

يتمكن هؤلاء من الانتصار على الهنود دون عناء كبير وفر من الجيش الأسبانى بعض خيوله فكانت أسلاف الخيول التى استأنسها الهنود فيما بعد واهتموا بتربيتها ولكن الخيول فى هذه الأيام خضعت لكثير من أنواع التدريب والتمرين إذ إن السرعة تكون أهم من القوة بعض الأحيان وكذلك تكون السلالات الصغيرة الحجم أصلح بعض الأهداف بينما تكون السلالات الكبيرة الحجم أصلح لغيرها .

ودخلت الخيول العربية إلى البلدان الأوروبية منذ دخل العرب بلاد الأندلس ، ثم نقلت إلى بعض الدول فى أوروبا أثناء الحروب الصليبية وبعد أن قام الأوروبيون بالنهضة العلمية وأدركوا ما للحصان العربى من مزايا أخذوا يبتاعون من عرقه الأصيل لتحسين خيولهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وتجوز المسابقة على الخيل والابل بعوض ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا سبق الا فى نصل او خف او حافر » ولأن الخيل تقاتل عليها العرب والعجم ، والابل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعوض . واختلف قوله فى البغل والحمار ، فقال فى أحد القولين : تجوز المسابقة عليهما بعوض ، لحديث أبى هريرة ، ولأنه ذو حافر أهلى فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل (والثانى) لا تجوز ، لأنه لا يصلح للكر والفر ، فأشبه البقر .**

واختلف أصحابنا فى المسابقة على الفيل بعوض ، فمنهم من قال : لا تجوز ، لأنه لا يصلح للكر والفر . منهم من قال : تجوز لحديث أبى هريرة، ولأنه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الابل .

واختلفوا فى المسابقة على الحمام ، فمنهم من قال : لا تجوز المسابقة عليها بعوض ، وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأنه ليس من آلات الحرب ، فلم تجز المسابقة عليه بعوض ، ومنهم من قال : تجوز لأنه يستعان به على الحرب فى حمل الأخبار ، فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل .

واختلفوا فى سفن الحرب كالزبازب والشذوات ، فمنهم من قال : تجوز ، وهو قول أبى العباس ، لأنها فى قتال الماء كالخيل فى قتال الأرض ، ومنهم من قال : لا تجوز ، لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها .

واختلفوا فى المسابقة على الأقدام بعوض ، فمنهم من قال : تجوز لأن الأقدام فى قتال الرجالة كالخيل فى قتال الفرسان ، ومنهم من قال : لا تجوز ، وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأن المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به فى الجهاد ، والمشى بالأقدام لا يحتاج الى التعلم .

واختلفوا فى الصراع ، فمنهم من قال : يجوز بعوض ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، فأسلم ورد عليه الغنم » ومنهم من قال : لا يجوز . وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأنه ليس من آلات القتال . وحديث يزيد ابن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم ، ولأنه لما اسلم رد عليه ما أخذ منه) .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، ولم يذكر فيه ابن ماجه : أو نصل ، وأخرجه أيضاً الشافعى والحاكم من طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد ، وحسنه الترمذى وأعله يحيى بن سعيد القطان بالوقف ، ورواه الطبرانى وأبو الشيخ من حديث ابن عباس . وأما حديث يزيد بن ركانة فقد رواه أبو داود بلفظ « عن محمد بن على بن ركانة أن ركانة صارع النبى صلى الله عليه وسلم فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم » وفى إسناده أبو الحسن العسقلانى وهو مجهول . وأخرجه أيضاً الترمذى من حديث العسقلانى أيضاً عن أبى جعفر محمد بن ركانة وقال : غريب وليس إسناده بالقائم .

وروى أبو داود فى المراسيل عن سعيد بن جبير قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه عير له فقال له : يا محمد هل لك أن تصارعنى ؟ فقال ما تسبقنى — أى ما تجعله لدى من السَبق — قال : شاة من غنمى ، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة ؟ فقال ركانة : هل لك فى العود ؟ ففعل ذلك مراراً ، فقال : يا محمد ما وضع جنبى أحد إلى الأرض ، وما أنت بالذى تصرعنى فأسلم ورد النبى صلى الله عليه وسلم عليه غنمه » . قال الحافظ ابن حجر : إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة ، قال البيهقى : وروى موصولا .

وفى كتاب السبق لأبى الشيخ من رواية عبيد الله بن يزيد المصرى عن حماد عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مطولا . ورواه أبو نعيم فى معرفة الصحابة من حديث أبى أمامة مطولا ، وإسنادهما ضعيف .

وروى عبد الرزاق عن معمر عن يزيد بن أبى زياد ، وأحسبه عن عبد الله ابن الحارث قال : « صارع النبى صلى الله عليه وسلم أبا ركانة فى الجاهلية وكان شديداً ، فقال : شاة بشاة . فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عاودنى فى أخرى ، فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عاودنى ، فصرعه صلى الله عليه وسلم الثالثة ، فقال أبو ركانة : ماذا أقول لأهلى ؟ شاة أكلها ذئب ؟ وشاة نشزت فما أقول فى الثالثة ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك فنغرمك خذ غنمك » هكذا وقع فيه : أبو ركانة والصواب ركانة .

أما اللغات فقوله : لا سبق هو بفتح الباء . المال الذى يسابق عليه ، والنصل هو السهم ، والخف للإبل ، والحافر للفرس والبغل والحمار والظلف لسائر البهائم ، والمخلب للطير ، وقوله : كالزبازب جمع زبزب نوع من السفن منها الصغير والكبير والأول سريع خفيف ، وكذلك الشذوات وكلا اللفظين أعجمى .

اما الأحكام فقد فسر الشافعى رضى الله عنه حديث أبى هريرة بقوله : والخف الإبل والحافر الخيل والنصل كل سهم أو ما يشابهه . وقال فى موضع : إن الحافر الخيل والبغال والحمير لأنها تركب للجهاد كالإبل ويلقى عليها العدو كالخيل وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حرب هوازن على بغلته الشهباء فصار فى الحافر قولان .

(فأما النصل) فالمراد به السهم المرمى به عن قوس ، وإن كان النصل اسماً لحديدة السهم فالمراد جميع السهم ، فهذه الثلاثة هى التى نص عليها النبى صلى الله عليه وسلم فى جواز السبق بها ، فاختلف قول الشافعى فيها فقال : يحتمل معنيين :

(أحدهما) أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله ، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها ، ويكون السبق مقصوراً على التى تضمنها الخبر وهى الخف ، والخف الإبل وحدها والحافر وفيه قولان : (أحدهما) الخيل وحدها (والثانى) الخيل والبغال والحمير ، والنصل وهو السهام ويكون السبق بما عداها محظوراً .

(والقول الثانى) فى المعنيين أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانه وليس بمستثنى ، وإن خرج مخرج الاستثناء لأن المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان فى معناها كما قيس على الستة فى الربا ما وافق معناها ، وعليه يكون التفريع ، فيقاس على الخف السبق بالفيلة لأنها ذوات أخفاف كالإبل ، وهى فى ملاقاة العدو أنكى من الإبل .

وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطيارات البحرية التى أطلقوا عليها الزبازب والشذوات أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لأنها معدة لجهاد العدو فى البحر وحمل ثقله كالإبل فى البر .

(والوجه الثانى) لا يجوز السبق عليها لأن سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها ، فأما السبق بالزواريق الكبار والمراكب الثقال التى لم تجر العادة فى لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معاً ، هكذا أفاده الماوردى فى الحاوى ، فأما كون الحافر بالخيل والبغال والحمير نصاً فى أحد القولين لا نقلا من اسم الحافر عليها وقياساً فى القول الثانى لأنها ذوات حوافر كالخيل وفى معناها ، واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالأقدام أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وبه قال أبو حنيفة : تجوز المسابقة بالأقدام بعوض وبغير عوض لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو وعائشة على أقدامهما ، ولأن السعى من قتال الرجالة كالخيل فى قتال الفرسان .

(والوجه الثانى) وهو الظاهر من مذهب الشافعى أن المسابقة بالأقدام لا تجوز مطلقاً عند الماوردى فى الحاوى ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لأنه سبق على فعلها من غير آلة فأشبه الطفرة والوثبة ، ولأن السبق على ما يستفاد من التعليم ليكون باعثاً على معاطاته ، والسعى لا يستفاد بالتعليم، وقيد المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض .

قال الماوردى : فعلى هذا إن قيل : إن المسابقة بالأقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز ، وإن قيل بجوازها على الأقدام ففى جوازها بالسباحة وجهان (أحدهما) تجوز كالأقدام لأن أحدهما على الأرض والآخر فى الماء .

(والوجه الثانى) أنها لا تجوز بالسباحة وإن جازت بالأقدام لأن الماء مؤثر فى السباحة والأرض غير مؤثرة فى السعى اهـ .

وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحة وكونها علماً ومهارة ولها قواعد لا تتأتى إلا بالتعليم والتمرس مع لياقة البدن وقوته حتى تكون المهارة والتفوق والسبق .

وقد تطورت أسباب الإعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشرية الذين يغوصون فى أعماق البحار ليدمروا السفن الحربية وقلاع الثغور ، وهى أنكى على الأعداء من ركوب الخيل والحمير ، ولولا مهارة عساكر الإسلام وجند القرآن فى علوم البحار . وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابة أن ينتصروا على الروم فى معركة ذات الصوارى فى الإسكندرية ولا طرقوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الأسطول لولده يزيد .

وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضاً وهى فى زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية والجودو والكاراتيه ، ولكل منها أسلوبه فى صرع الخصم ، وهى تهدف جميعاً إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعا ببدنه يعجز معه عن المقاومة .

وقد اختلف أصحابنا فى السبق بالصراع على وجهين :

(أحدهما) وهو مذهب أبى حنيفة أنه جائز لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه خرج إلى الأبطح فى قصة يزيد بن ركانة ، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهى روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنهض للاحتجاج .

(والوجه الثانى) وهو ظاهر مذهب الشافعى ، والمنصوص عنه أنه لا يجوز ، فالسبق على المشابكة بالأيدى لا تجوز . وإن قيل بجوازه فى الصراع ففى جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة .

ومنها اختلاف أصحابنا فى السبق بالحمام وجهان ، وهو نوع من الحمام الذكى الصبور الذى يعبر البحار ويقطع الفيافى والقفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الأخبار والكتب ، وكان لأمراء الإسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمائم فيفضون كتبها بأنفسهم ، فمن جيش يطلب النجدة إلى قائد يعلن هزيمة عدوه ، فكان لهذا الحمام أثره وفعله ، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الإشارة (فالوجه الأول) يجوز لأنها تبلغ أخبار المجاهدين بسرعة . (والوجه الثانى) لا يجوز لأنها لا تؤثر فى جهاد العدو . وأما السبق بنطاح الكباش ونقار الديكة ، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم فى عدم جوازه . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وتجوز المسابقة بعوض على الرمى بالنشاب والنبل ، وكل ما له نصل يرمى به ، كالحراب والرانات لحديث أبى هريرة ، ولأنه يحتاج الى تعلمه فى الحرب فجاز أخذ العوض عليه ، ويجوز على رمى الأحجار عن المقلاع ، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب . وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان (أحدهما) تجوز المسابقة عليها بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب (والثانى) لا تجوز لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد**

الحرب ، والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة ، فلم تجز كالسبق على أن يرمى بعضهم بعضا بالسهم .

فصل وأما كرة الصولجان ومداحاة الأحجار ورفعها من الأرض ، والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذى لا يستعان به على الحرب ، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض ، لأنه لا يعد للحرب ، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل .

فصل وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : لا تجوز الا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين ، فان سابق بين فرس وبعير ، أو فرس وبغل ، لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر :

ان المذرع لا تغنى خؤولته ... كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين ، لأن العتيق فى أول شوطه أحد وفى آخره ألين ، والهجين فى أول شوطه ألين وفى آخره أحد . فربما صارا عند الغاية متكافئين . ومنهم من قال وهو قول أبى اسحاق : انه يعتبر التكافؤ بالتقارب فى السبق ، فان تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز ، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقاً والآخر مسبوقاً ، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختى والنجيب لم يجز ، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجرى فى شوط الآخر . قال الشاعر :

أن البراذين اذا أجريتها ... مع العتاق ساعة أعنيتها

فلا معنى للعقد عليه .

فصل ولا تجوز الا على مركوبين معينين ، لأن القصد معرفة جوهرهما ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين) .

الشرح قوله : لحديث أبى هريرة رضى الله عنه .

قوله : إن المذرع لا يُغنى خؤولته يعزى هذا البيت ، قال فى تهذيب الأسماء واللغات : لعرهم بن قيس العدوى وكما فى لسان العرب إلا أنه ضبطه بالعين فى قوله (لا تغنى) فجاءت (لا تعنى) بالمهملة والبناء للمجهول . ـ أما السلاح فإنه نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق

اليد ، فكل سلاح فارق يد صاحبه كالسهام والحراب ومقاليع الأحجار وقسى البندق ورصاصه فهو جائز بالاتفاق ، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين .

(أحدهما) يجوز كالمفارق ليده ، لأن جهاد العدو بها .

(والوجه الثانى) لا يجوز ، لأنه يكون بذلك محارباً لا مسابقاً ، فأما السبق بالمداحى وأكرة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره ، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحى وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فمن وقع حجره فيها فقد قمر وبين الدحو بالحجز الثقيل أو رفعه من الأرض لاختبار القوة والارتياض بها ــ وهو فى رياضة حمل الأثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين .

فــرع عرفت فيما أسلفنا فى الفصل قبله أن لصحة السبق على الأعواض المبذولة خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتكافآن به وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الأصحاب أن التكافؤ بالتجانس ، فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر فى البيت الذى ساقه المصنف والمذرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق :

إذا بأهلى عنده حنظلية لها ولد منه فذاك المذرع

وإنما سمى البغل مذرعا بالعلامتين المستديرتين السوداوين فى ذراعيه الأماميتين ورثهما من الحمار ، والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار ، والعتيق عربى الأبوين ، والهجين عربى الأب أعجمى الأم ، والبختى إبل بطيئة العدو ، والنجيب الحسن الخلق السريع وأنجبته استخلصته ، ولكن

يجوز السبق بين عتاق الخيل وهجانها لأن جميعها جنس ، والعتيق فى أول شوط أحد من الهجين ، والهجين فى أول الشوط ألين وفى آخره أحدّ فربما صارا عند الغاية متكافئين ، وهذا وجه (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس ، وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقاً ، فإن جوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما ، وإن علم يقيناً أن أحدهما يسبق الآخر عند الاختبار لم يجز السبق بينهما ، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين ، أو بين بعيرين عربى وبختى لم يجز السبق بينهما ، وكذلك لو اتفق الفرسان فى الجنس ، واختلفا فى القوة والضعف فيمنع من الاستباق بينهما وهما من جنس واحد ، وتجوز بينهما وهما من جنسين مختلفين اعتباراً بالجوهر دون التجانس .

(والشرط الثانى) من الشروط الخمسة : الاستباق عليها مركوبة لتنتهى إلى غايتها بتدبير راكبها ، فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز، وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالإرسال ، ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور – إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية وأنها لا تتنافر فى طيرانها ، وبقية الشروط مضى ذكرها إجمالا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فرع فى شواهد وردت على ألسنة العرب فى المذرع :

قوم توارث بيت اللؤم أولهم ... كما توارث رقم الأذرع الحمر

وقال ساعدة بن جؤية :

وغودر ثاوياً وتأرّيته ... مُذَرَّعة أميم لها فَليل

وأنشد ابن الأعرابى :

قد يهلك الأرقم الفاعوس ... والأسد المذرع المنهوس

وقال قيس بن الخطيم :

ترى قصد المران تلقى كأنها ... تذرع خرصان بأيدى الشواطب

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا تجوز الا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع ، وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق ،)) ولأنهما اذا تسابقا على اجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر الى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر الى أن يعطبا ، ولا يجوز أن يكون اجراؤه الا بتدبير الراكب ، لأنهما اذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية . وان تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة اقدام فأكثر كان السبق له ، فقد قال أبو على الطبرى فى الافصاح : يجوز ذلك عنـــدى ، لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه ، وينفرد أحدهما بالقدر الذى شرطه ، فجاز كما يجوز فى الرمى أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه ، ويفضـــل لأحدهما عدد . قال أبو على الطبرى : ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً .

فصـــل وان كان المخرج للسبق هو السلطان ، أو رجل من الرعية ، لم يخل اما أن يجعله السابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم ، فان جعله للسابق بأن قال : من سبق منكم فله عشرة جاز ؛ لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق ، فيحصل على المقصود ؛ فان سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق ، وان سبق اثنان أو ثلاثة وجاءوا مكاناً واحداً ، اشتركوا فى العشرة لأنهم اشتركوا فى السبق ، فان جاءوا كلهم مكانا واحداً لم يستحق واحد منهم ، لأنه لم يسبق منهم أحد . وان جعله لبعضهم بأن جعله المجلى والمصلى ، ولم يجعل للباقى جاز ، لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلى أو المصلى ، ليأخذ السبق فيحصل المقصود . وان جعله لجميعهم ــ نظرت ، فان سوى بينهم بأن قال : من جاء منكم الى الغاية فله عشرة ــ لم يصح ، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية ، فاذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق ، تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد فى المسابقة فيبطل المقصود .

وان شرط للجميع ، وفاضل بينهم بأن قال : للمجلى وهو الأول مائة ، وللمصلى وهو الثانى خمسون ، وللتالى وهو الثالث أربعون ؛ وللبارع وهو الرابع ثلاثون وللمرتاح وهو الخامس عشرون . وللحظى وهو السادس خمسة عشر ، وللعاطف وهو السابع عشرة ، وللمؤمل وهو الثامن ثمانية ، وللطيم وهو التاسع خمسة . وللسكيت وهو العاشر درهم ، وللفسكل وهو الذى يجىء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر .

(والثانى) لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد فى المسابقة . وان جعل للأول عشرة وللثالث خمسة وللرابع أربعة ولم يجعل للثانى شيئاً ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح ويقوم الثالث مقام الثانى ، والرابع مقام الثالث ، لأن الثانى بخروجه من السبق بجعل كان لم يكن .

(والثانى) انه يبطل ، لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما) .

الشرح حديث ابن عمر مضى تخريجه فى أول هذه الفصول وشرحنا غريبه وطرقه .

أما الأحكام فإنه يشترط فى المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما فى الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً فى أول عدوه سريعاً فى انتهائه . وقد يكون عكس ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاليه أو أحواله ومن الخيل ما هو أصبر من غيره .

وقد روى أبو داود فى سننه عن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « سبق الخيل وفضل القُرْح فى الغاية » وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التى لم تضمر من الثنية إلى مسجد بنى زريق ، وذلك ميل أو نحوه .

فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولا لم يجز ، لأنه يؤدى إلى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الإشهاد على السبق فيه .

ويشترط فى المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أم لا ؟ لم يجز هذا فى المسابقة بعوض لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد ما بينهما ، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما ، وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا فى ذلك .

وقول الشافعى : الأسباق جمع سـبق ـ بفتح البـاء ـ وهو العوض المخرج فى المسابقة ـ وهو بإسكان الباء ـ مصدر سبق من المسابقة .

أما السبق الأول الذى يراه الشافعى ، وهو الذى يخرجه غير المتسابقين فيجوز سواء أخرجه الإمام من بيت المال أو أخرجه غير الإمام من ماله . وكلام مالك من عدم جوازه لغير الإمام فاسد من وجهين (أحدهما) أن ما فيه معونة على الجهاد جاز أن يفعله غير الأئمة كارتباط الخيل وإعـداد السلاح .

(والثانى) أن ما جاز أن يخرجه الإمام من بيت مال المسلمين جاز أن يتطوع به كل واحد من المسلمين كبناء المساجد والقناطر . فإذا صح جوازه جاز أن يختص به السابق وحده دون غيره ، كقول الباذل إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسابق منكم عشرة وهذا جائز ، فأيهم جاء سابقاً لجماعتهم استحق العشرة كلها ولا شىء لمن بعده ، وإن كانوا متفاضلين ، فى السـبق ، فلو سبق اثنان من الجماعة فجاءا معاً وتأخر الباقون واشترك الأثنـان فى العشرة لتساويهما فى السبق فاستويا فى الأخذ ، ولو سبق خمسة اشتركوا فى الأخذ كذلك . ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشـتركوا فى العشرة دون المتأخر منهم ، ولو جاءوا جميعاً غرضاً واحداً لم يتأخر عنهم واحد منهـم فلا شىء لهم لأنه ليس فيهم سابق ولا مسبوق .

(والقسم الثانى) أن يبذله لجماعة منهم ولا يبذله لجميعهم ، كأن بذل الأول عوضا والثانى عوضا . ولكل واحد منهم فى اللغة اسم ـ إذا تقـدم على غيره ـ خاص فيقال للسابق الأول المجلى ، والثانى المصلى ، والثالث التالى ، والرابع البارع ، والخامس المرتاح ، والسادس الحظى ، والسـابع العاطف ، والثامن المؤمل ، والتاسع اللطيم ، والعاشر السكيت ، وليس لما بعد العاشر اسم ، إلا الذى يجىء آخر الخيل كلها ، ويقال له الفسكل .

قال الجاحظ : كانت العرب تعد السوابق ثمانية ولا تجعـل لما جاوزها حظاً ، فأولها السابق ثم المصلى ثم المقفى ثم التالى ثم العاطف ثم المذمر ثم البارع ثم اللطيم قال الثعالبى : وكانت العرب تلطم الآخر إن كان له حظ .

وقال أبو عكرمة : أخبرنا ابن قادم عن الفراء أنه ذكر فى السوابق عشرة أسماء لم يحكها أحد غيره وهى : السابق ثم المصلى ثم المسلى ثم التالى ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظى ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت .

وقد جاء فى الحاوى الكبير للماوردى هذه الأسماء التى ذكرها المصنف مع جعل المؤمل بدل المرمل ، وهو ما يوافق رواية الفــراء هنا ، فإذا بذل لبعض دون بعض فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يفاضل بين السابق والمسبوق فيجعل للأول الذى هــو المجلى ــ وقد اشتق اسمه من الجلاء ــ قال ابن بطال : قال المطــرزى : يحتمل أن يكون من جلاء الهمــوم ــ عشرة ، ويجعــل للثانى الذى هو المصلى ــ لأن جفلته على صلى السابق وهى منخره ، والصلوان عظمان عن يمين الذنب وشماله ــ تسعة ، والثالث الذى هو التالى ــ أى التابع ــ خمسة والرابع الذى هو البارع ــ أى الفائق كما يقال لمن فاق أصحابه فى العلم : بارع ــ أربعة ، والخامس الذى هو المرتاح ــ من راح يراح راحة إذا فحلا أو إذا نشط وجف ــ ثلاثة ، فإن هذا جائز لأنه قد منع المسبوقين وفاضل بين السابقين فحمل التحريض فى طلب التفاضل وخشية المنع ويتفرع على هذا أن يجعل للسابق عشرة ، وللمصلى خمسة ولا يجعل لمن بعــدهم شيئاً فيكون السابق أو المجلى خمسة والمصلى واحداً الخمسة الســابقين بالعشرة لكل واحد درهمان وينفرد المصلى بالخمسة وإن صار بها أفضــل من السابقين لأنه أخذ الزيادة لتفرده بدرجته ، ولم يأخذها لتفضيل أصــل درجته ، وقد كان يجوز أن يشاركه غيره فى درجته فيقل سهمه عن ســهم من بعده .

ثم على هذا القياس إذا جعل للثانى شيئاً ثالثاً فحصل فى كل درجــة انفراد أو اشتراك وجب أن يختص المنفرد بسبق درجته ، ويشترك المشتركون بسبق درجتهم .

(والضرب الثانى) أن يستوى فيهم بين سابق ومسبوق ، كأنه جعــل

للسابق عشرة وللمصلى عشرة وفاضل بين بقية الخمسة . وهذا جائز لأن مقتضى التحريض أن يفاضل بين السابق والمسبوق ، فإذا تساويا فيه بطل مقصوده فلم يجز ، وكان السبق في حق المصلى الذى سوى بينه وبين سابقه باطلا ، ولم يبطل فى حق الأول ولبطلانه فى حق من عداه وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى الذى بطل السبق فى حقه هل يستحق على الباذل أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أنه لا أجرة له على الباذل ، لأن منعه عائد عليه لا على الباذل . فعلى هذا يكون السبق فى حق من بعده باطلا لأنه يجوز أن يفضلوا به على من سبقهم .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى أن له على الباذل أجرة ملثه لأن من استحق المسمى فى العقد الصحيح استحق أجرة المثل فى العقد الفاسد اعتباراً بكل واحد من عقد الإجارة والجعالة .

فعلى هذا يكون السبق فى حق من بعده صحيحاً ، ولكل واحد منهم ما سمى له ، وإن كان أكثر من أجرة من بطل السبق فى حقه ، لأنه لا يجوز أن يفضلوا عليه إذا كان مستحقاً بالعقد . وهذا مستحق بغيره . ويتفرع على هذا إذا جعل للأول عشرة ولم يجعل للثانى شيئاً ، وجعل للثالث خمسة وللرابع ثلاثة ولم يجعل بعدهم شيئاً ، فالثانى خارج من السبق لخروجه من البدل . وفى قيام من بعده مقامه وجهان :

(أحدهما) يقوم الثالث مقام الثانى ، ويقوم الرابع مقام الثالث لأنه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه ، فعلى هذا يصح السبق فيهما بالمسمى لهما بعد الأول .

(والوجه الثانى) أنهم يترتبون على التسمية ولا يكون خروج الثانى منهم بالحكم مخرجا له من البدل ، فعلى هذا يكون السبق فيهما باطلا لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون لهما أجرة مثلهما أم لا ؟ على
لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون أجرة مثلهما أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين .

(والقسم الثالث) أن يبذل العوض لجماعتهم ولا يخلى آخرهم من عوض فينظر فإن سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلا . وكان الحكم فيه على ماقدمنا وإن لم يساو بين السابق والمسبوق ، وفضل كل سابق على كل مسبوق حتى يجعل متأخرهم أقلهم سهماً ففى السبق وجهان :

(أحدهما) أنه جائز اعتباراً بالتفاضل فى السبق ، فعلى هذا يأخذ كل واحد منهم ما سمى له .

(والوجه الثانى) أن السبق باطل لأنهم قد تكافأوا فى الأخذ وإن تفاضلوا فيه ، فعلى هذا هل يكون باطلا فى حق الآخر وحده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه باطل فى حقه وحده لأن بالتسمية له فسد السبق .

(والوجه الثانى) أن يكون باطلا فى حقوق جماعتهم ، لأن أول العقد مرتبط بآخره ، وهل يستحق كل واحد منهم أجرة مثله أم لا ؟ على الوجهين المذكورين فهذا حكم السبق الأول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كان المخرج للسبق هما المتسابقان ـ نظرت ، فان كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما ـ صح العقد ، وان لم يكن معهما محلل فالعقد باطل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا باس ، ومن ادخل فرساً بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار » ولأن مع المحلل لا يكون قماراً ، لأن فيهم من يأخذ اذا سبق ، ولا يعطى اذا سبق وهو المحلل ، ومع عدم المحلل ليس فيهم الا من يأخذ اذا سبق ، ويعطى اذا سبق ، وذلك قمار . وان كان المحلل اثنين او اكثر جاز ، لأن ذلك أبعد من القمار ، وان كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما فى المحلل حكم الرجلين ، لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار ، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته .**

واختلف أصحابنا فى دخول المحلل فذهب اكثرهم الى أن دخول المحلل

لتحليل السبق ، لكل من سبق منهم ، وذهب ابو على بن خيران الى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه ، وأن يأخذ اذا سبق ، ولا يأخذان اذا سبقا ، لانا لو قلنا : انهما اذا سبقا اخذا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطى مرة ، وهذا قمار ، والمذهب الأول ، لانا بينا انهما بدخول المحلل خرجا من القمار ، لأن فى القمار ليس فيهم الا من يعطى مرة ويأخذ مرة ، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطى ، فلم يكن قماراً ، فان تسابقوا ـ نظرت ، فان انتهوا الى الغاية معاً ـ احرز كل واحد منهما سبقه ، لانه لم يسبقه أحد ، ولم يكن للمحلل شىء ، لانه لم يسبق واحداً منهما ، وان سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه ، لأنهما تساويا فى السبق ولا شىء للمحلل لانه مسبوق ، وان سبقهما المحلل اخذ سبقهما لانه سبقهما ، وان سبق احد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الآخر ، احرز السابق سبق نفسه .

وفى سبق المسبوق وجهان (المذهب) انه للسابق المخرج لانه انفرد بالسبق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لانه لا يستحقه السابق المخرج على قوله ، ولا يستحقه المحلل لانه لم يسبق . وان سبق المحلل واحد المخرجين احرز السابق سبق نفسه ، وفى سبق المسبوق وجهان المذهب انه بين المخرج السابق والمحلل ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل ، وان سبق احد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ، ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق ، وان سبق احد المخرجين ثم جاء المخرج الثانى ، ثم جاء المحلل ففيه وجهان ، المذهب ان سبق المسبوق للسابق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق ، لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقى على ملك صاحبه .

فصل وان كان المخرج للسبق احدهما جاز من غير محلل لان فيهم من يأخذ ولا يعطى وهو الذى لم يخرج ، فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل ، فان تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق ، وان سبق الآخر أخذ سبقه ، وان جاءا معاً أحرز المخرج السبق ، لأنه لم يسبقه الآخر) .

الشرح حديث أبى هريرة رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه والبيهقى ورواه ابن حبان باسناده وصححه .

وقال الطبرانى فى الصغير : تفرد به سعيد بن بشير عن قتادة عن سعيد ابن المسيب وتفرد به عنه الوليد وتفرد به عنه هشام بن خالد ، ورواه أيضاً أبو داود عن محمود بن خالد عن الوليد لكنه أبدل قتادة بالزهرى ، ورواه

أبو داود وغيره ممن تقدم من طريق سفيان بن حسين عن الزهرى وسفيان ضعيف فى الزهرى ، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهرى عن رجال من أهل العلم ، كذا قال أبو داود وقال : هذا أصح عندنا .

وقال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب، فقد رواه يحيى بن سعيد عنه وهو كذلك فى الموطأ عن سعيد من قوله ، وقال ابنأبى خيثمة : سألت ابن معين فقال : هذا باطل ، وضرب على أبى هريرة .

وحكى أبو نعيم فى الحلية أنه من حديث الوليد عن سعيد ابن عبد العزيز .

قال الدارقطنى : والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبرانى والحاكم . وحكى الدارقطنى فى العلل أن عبيد بن شريك رواه عن هشام بن عمار عن الوليد عن سعيد عن الزهرى .

قال الحافظ : وقد رواه عبدان عن هشام ، أخرجه ابن عدى مثل ما قال عبيد وقال : إنه غلط قال : فتبين بهذا أن الغلط فيه من هشام ، وذلك أنه تغير حفظه .

أما اللغات السبق بتحريك الباء .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه والسبق الثانى من الأسباق أن يجمع شيئين وذلك مثل الرجلين يريدان أن يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل منهما أن يسبق صاحبه ويخرجان سبقين ، ولا يجوز إلا بمحلل ، وهو أن يجعل بينهما فرس ولا يجوز حتى يكون كفؤاً لفرسيهما لا يأمنان أن يسبقهما .

وقوله : وفى سبق المسبوق وجهان المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل .

قلت : هذا هو السبق الثانى وهو أن يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما ، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محللا لا يخرج شيئاً ، ويأخذ إن سَبق ولا يعطى إن سُبق لنص ومعنى .

أما النص فهو حديث أبى هريرة الذى مضى تخريجه . وأما المعنى فهو أن إباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار هو الذى لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانماً إن أخذ أو غارماً إن أعطى ، فإذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه بحالها فكان قماراً ، وإذا دخل بينهما محلل غير مخرج يأخذ إن سَبق ولا يعطى إن سُبق خرج عن معنى القمار فحل ، وهذا الداخل يسمى محللا ، لأن العقد صح به فصار حلالا ويسميه أهل السبق ميسراً ، ويصح العقد به بأربعة شروط :

(أحدها) أن يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفأ منهما لايأمنان أن يسبقهما فإن كان فرسه أدون من فرسيهما وهما يأمنان أن يسبقهما لنص الحديث ، ولأن دخوله مع العلم بأنه لا يسبق غير مؤثر من أخذ السبق .

(والشرط الثانى) أن يكون المحلل غير مخرج لشىء ، وإن قل ، فإن أخرج شيئاً خرج من حكم المحلل وصار فى حكم المستبق .

(والشرط الثالث) أن يأخذ إن سبق ، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح .

(والشرط الرابع) أن يكون فرسه معينا عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين فرسى المستبقين ، وإن كان غير معين بطل ، فإذا صح العقد بالمحلل على استكمال شروطه فمذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه أن المحلل دخل ليحلل العقد ، ويحلل العقد الآخر فيأخذ إن سَبق ويؤخذ به إن سُبق .

وقال أبو على بن خيران : إن المحلل دخل للتحلل للعقد ويأخذ ولا يؤخذ به وهذا خطأ لأن التحريض المقصود باستفراه الخيل ومعاطاة الفروسية غير موجود إذا لم يؤخذ بالسبق شىء فيصير مانعاً من السبق ، وإذا أخذ

به صار باعثاً عليه وحافزاً له ، وهذا يتضح فى التفريعات الآتية ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويطلق الفرسان من مكان واحد فى وقت احد ، لما روى الحسن او خلاس عن على كرم الله وجهه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : يا على قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على كرم الله وجهه فدعا بسراقة بن مالك فقال : يا سراقة انى قد جعلت اليك ما جعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عنقى من هذه السبقة ، فى عنقك ، فاذا اتيت الميطان نصف الخيل ثم ناد ثلاثا : هل مصلح للجام او حامل لغلام أو طارح لجل ، فاذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ، ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه » فان كان بينهما محلل وتنازعا فى مكانه جعل بينهما ، لأنه أعدل واقطع للتنافر .

وان اختلف المتسابقان فى اليمين واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، ولا يجلب وراءه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا » قال مالك : الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراءه الشن ، ليستحث به السبق .

فصـــل وأما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط فى السبق اقداما معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وان أطلق — نظرت فان تساوى المركوبان فى طول العنق — اعتبر السبق بالعنق أو بالكتد ، فان سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكتد أو ببعضه فقد سبق ، وان اختلفا فى العنق اعتبر السبق بالكتد لأنه لا يختلف ، وان سبق أطولهما عنقاً بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجرى .

فصـــل وان عثر أحد الفرسين او ساخت قوائمه فى الأرض او وقف لعلة أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجرى ولا تاخر المسبوق لسوء جريه .

فصـــل وان مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد ، لأن العقد تعلق بعينه ، وقد فات بالموت ، فبطل كالمبيع اذا هلك قبض القبض . وان مات

الراكب ـ فان قلنا : انه كالجعالة ـ بطل العقد بموته ، وان قلنا : انه كالاجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه .

فصـــل **وان كان العقد على الرمى لم يجز بأقل من نفسـين ، لأن المقصود معرفة الحذق ، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين ، فان قال رجل لآخر : ارم عشراً وناضل فيها خطأك بصوابك ، فان كان صوابك أكثر فلك دينار ، لم يجز ، لانه بذل العوض على أن يناضل نفسه . وقد بينا أن ذلك لا يجوز .**

وان قال : ارم عشرة فان كان صوابك أكثر فلك دينار ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لانه بذل له العوض على عمل معلوم ، لا يناضل فيــه نفسه ، فجاز .

(والثانى) لا يجوز لانه جعل العوض فى مقابلة الخطا والصواب ، والخطا لا يستحق به بدل) .

الشرح حديث على رواه الدارقطنى وأخرجه البيهقى باســناد الدارقطنى وقال : هذا إسناده ضعيف ولفظه كاملا هكذا « يا على قــد جعلت إليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على فدعا سراقة بن مالك فقال : يا سراقة إنى قد جعلت إليك ما جعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عنقى من هذه السبقة فى عنقك ، فإذا أتيت الميطان ــ قال أبو عبد الرحمن : والمبطان مرسلها من الغاية ــ فصف الخيل ثم ناد : هل من مصلح للجام أو حامــل لغلام أو طارح لجل ، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلها عند الثالثــة يسعد الله بسبقه من شاء من خلقه » .

وكان على يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفه بين إبهامى أرجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقــول : « إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلوا السبقة له ، فإن شككتما فاجعلا سبقهما نصفين ، فإذا قرنتم ثنتين فاجعلوا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام » .

أما غريبه فقوله (هذه السبقة) فهى بضم السين وإسكان الباء هــو الشىء الذى يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما . قال فى القاموس :

السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق . قوله (فإذا أتيت الميطان) بكسر الميم . قال فى القاموس : والميطان بالكسر الغاية . قوله (فصف الخيل) هى خيل الحلبة . قال فى القاموس : الحلبة بالفتح هى الدفعة من الخيل فى الرهان ، وخيل تجتمع للسباق من كل أوب . قوله (ثم ناد الخ) فيه استحباب التأنى قبل إرسال خيل الحلبة ، وتنبيههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه ، وجعل علامة على الإرسال من التكبير أو غيره ، وتأمير أمير يفعل ذلك .

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ « ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان » وأخرجه الطبرانى بلفظ « لا جلب فى الإسلام » .

وفى إسناده أبو شيبة ضعيف . والمراد فى الجلب بالرهان أن يأتى برجل يجلب على فرسه أى يصيح عليه يستحثه بالإزعاج حتى يسبق ، والجنب أن يجنب فرساً إلى فرسه حتى إذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وقال ابن الأثير : له تفسيران ثم ذكر معنى فى الرهان ومعنى فى الزكاة ، وقد مضى معناه فى الزكاة من كتاب الزكاة .

أما اللغات قوله : العنق قوله : (الكتد) .

اما الأحكام فإن السبق يحصل فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، فإن اختلفا فى طول العنق أو كان ذلك فى الإبل اعتبر السبق بالكتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر ، فإن طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وقد مضى لنا تفصيل ذلك ، وهو مذهب الشافعى وأحمد .

وقال الثورى : إذا سبق أحدهما بالإذن كان سابقاً ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً بأذنه لذلك لا لسبقه، وإن شرطا السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح على أحد القولين عند أصحابنا والثانى : يصح ويتحاطان ذلك كما فى الرمى .

قال الماوردى فى الحاوى الكبير : وإذا استقرت بينهما مع المحلل فى الجرى فيختار أن يكون فى الموضع الذى ينتهى إليه السبق ، وهو غاية المدى قصب قد غرزت فى الأرض يسميها العرب قصب السبق ليحرزها السابق منهم فيتلقفها حتى يعلم بسبقه الذانى والقاصى فيسقط الاختلاف ، وربما كر بها راجعا يستقبل بها المسبوقين إذا كان مفضلا فى السبق مباهيا فى الفروسية .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : والسبق أن يسبق أحدهما صاحبه وأقل السبق أن يسبق أحدهما صاحبه بالهادى أو بعضه أو الكتد أو بعضه اهـ .

فالسبق ضربان : أحدهما : أن يكون معتبراً بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة أقدام ولا يتم السبق إلا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقا فى استحقاق البدل ، وإن كان سابقا فى العمل . والضرب الثانى : أن يكون مطلقا بغير شرط فيكون سابقا بكل قليل وكثير .

قال الشافعى رضى الله عنه : أقل السبق أن يسبق بالهادى أو بعضه أو الكتد أو بعضه ، فأما الهادى فهو العنق ، وأما الكتد ويقال بفتح التاء وكسرها والفتح أشهر ، وفيه تأويلان . أحدهما : أنه الكتف . والثانى ما بين أصل العنق والظهر ، وهو مجتمع الكتفين فى موضع السنام من الإبل ، فجعل الشافعى رضى الله عنه أقل السبق السبق بالهادى والكتد . وقال الأوزاعى : أقل السبق بالرأس وقال المزنى : أقل السبق بالأذن استدلالا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « بعثت والساعة كفرسى رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه » .

قال الماوردى رداً على المزنى : المقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه المبالغة وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى لله بيتا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا فى الجنة » وإن كان بيتا لا يبنى كمفحص القطاة وإنما لم يعتبر بالأذن كما قال المزنى ،

ولا بالرأس كما قال الأوزاعى ، لأن من الخيل ما يزجى أذنه ورأسه فيطول ، ومنها ما يرفعه فتقصر ، فلم يدل واحد منهما على التقديم ا هـ .

وإذا سقط اعتبارهما ثبت اعتبار الهادي والكتد ، ولو اعتبر السبق بأيديهما فأيهما تقدمت يداه وهو السابق كان عندى أصح ، لأن السعى بهما والجرى عليهما لكن الشافعى اعتبر بالهادى والكتد .

فأما السبق بالكتد فمتحقق سواء اتفق الفرسان فى الطول والقصر أو تفاضلا وأما السبق بالهادى وهو العنق فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا فى طوله أو قصره ، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقاً كان سابقاً ، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقا لم يكن سابقا إلا أن يتصاف السابق بكتده ، لأن سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه . فإن قيل : فإن كان السبق بالكتد صحيحاً مع اختلاف الخلقة فلم اعتبر بالعنق التى يختلف حكمها باختلاف الخلقة ؟ قيل : لأن السبق بالكتد يتحققه القريب دون البعيد ، والسبق بالعنق يتحققه القريب والبعيد ، وربما دعت الضرورة إليه ليشاهده شهود السبق فشهدوا به للسابق شهوداً يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق ، فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كنده ثم جريا بعد الغاية فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كنده كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها ، لأن ما يجاوز الغاية غير داخل فى العقد فلم يعتبر .

وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبقه الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السبق إليها .

فــرع إذا عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه فى الأرض فسبقه الآخر لم يحتسب له بالسبق ، لأن العثرة أخرته . ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه ، لأنه إذا سبق مع العثرة كان بغيرها أسبق ، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجرى حتى وصل الآخر إلى غايته كان مسبوقا إن وقف لغير

مرض ، ولا يكون مسبوقا إن وقف لمرض . فأما إن وقف قبل الجرى لم يكن مسبوقا ، سواء وقف لمرض أو غير مرض لأنه بعد الجرى مشارك .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : والنضال فيما بين الأثنين يسبق أحدهما الآخر . والثالث بينهما المحلل كهو فى الخيل لا يختلفان فى الأصل فيجوز فى كل واحد منهما ما جاز فى الآخر ، ويرد فيهما ما يرد فى الآخر ثم يتفرعان ، فإذا اختلفت عللهما اختلفا ا هـ .

أما السبق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمى مجازاً ولكل واحد منهما اسم خاص فتختص الخيل بالرهان ويختص الرمى بالنضال ، فأما قولهم : سبَّق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الأضداد يسمى به من أخرج مال السبق ، ويسمى به من أحرز مال السبق ، وقد مضى حكم السباق بالخيل .

فأما السباق بالنضال فهما فى الإباحة سواء ، والخلاف فيهما واحد ، وقد تقدم الدليل عليهما ، وقد ذكر الشافعى ها هنا كلاماً اشتمل على أربعة فصول : (أحدها) قوله : والنضال فيما بين الرماة كذلك فى السبق والعلل، يريد بهذا أمرين :

(أحدهما) جواز النضال بالرمى كجواز السباق بالخيل .

(والثانى) اشتراكهما فى التعليل لإرهاب العدو بهما لقوله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » (١) .

(والفصل الثانى) قوله يجوز فى كل واحد منهما ما يجوز فى الآخر ، يريد بهذا أن الأسباق فى النضال ثلاثة كما كانت الأسباق فى الخيل ثلاثة :

(أحدها) أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز كجوازه فى الخيل .

(والثانى) أن الخيل ثلاثة : أحدها أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز

---

(١) الآية : ٦٠ من سورة الأنفال .

كجوازه فى الخيل . والثانى : أن يخرجه المتناضلان فلا يجوز حتى يدخل بينهما محلل يكون رميه كرميهما أو أرمى منهما ، كما لا يجوز فى الخيل إلا محلل يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفأ . (والثالث) : أن يخرجه أحد المناضلين فيجوز كما يجوز فى الخيل إذا أخرجه أحد المتسابقين .

(والفصل الثالث) قوله ثم يتفرعان ، يريد به أمرين : (أحدهما) أن الأصل فى سباق الخيل الفرس والراكب تبع . والأصل فى النضال الرامى والآلة تبع . لأن المقصود فى سباق الخيل فراهة الفرس ، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يجز ، ويجوز أن يبدل الراكب بغيره . والمقصود فى النضال حذق الرامى ، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يجز ، ويجوز أن يبدل آلة بغيرها . (والثانى) أن فى النضال من تفريع الرمى بالمبادرة والمحاطة ما لا يتفرع فى سباق الخيل .

(والفصل الرابع) قوله : فإذا اختلفت عللهما اختلفا ، يريد به أنه لما كان المقصود فى سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس ولم يلزم تعيين الراكب ، ومتى مات الفرس بطل السبق ، ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد . وفى بطلانه بموت العاقد قولان :

(أحدهما) لا يبطل بموته إذا قيل إنه كالإجارة .

(والثانى) يبطل بموته إذا قيل إنه كالجعالة . ولما كان المقصود فى النضال الرامى دون الآلة لزم تعيين الرامى ولم يلزم تعيين الآلة ، وبطل النضال إذا مات الرامى ، ولم يبطل إذا انكسر الفرس ، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت عللهما . والله أعلم بالصواب .

اذا ثبت هذا فإن الرمى لا يجوز إلا بين اثنين فأكثر ، فإذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، قال أحمد وأصحابه : صح ذلك جعالة ولم يصح نضالا لأنه بذل مالا له فى فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين نفسين فأكثر على أن يرموا جميعاً ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً .

وإن قال : إن أصبت فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار . وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه يذل له العوض على عمل معلوم لم يناضل فيه نفسه فجاز (والثانى) أنه لا يجوز ، لأنه جعل العوض فى مقابلة الخطأ والصواب . وقال الماوردى : إذا قال أحدهما لصاحبه أو لغيره : ارم بسهمك هذا فإن أصبت به فلك درهم جاز واستحق الدرهم إن أصاب . ولجوازه علتان :

(إحداهما) أنه قد أجابه إلى ما سأل فالتزم له ما بذل ، وهذا قول ابن أبى هريرة .

(والثانية) أنه تحريض فى طاعة فلزم البذل عليها كالمناضلة .

وقال أبو إسحاق المروزى : وهذا بذل مال على عمل وليس بتضال ، لأن النضال لا يكون إلا بين اثنين فأكثر .

وقال الشافعى رضى الله عنه ، ولو قال له : ارم عشرة أرشاق ، فان كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه . وقد اختلف أصحابنا فى صورة هذه المسألة على وجهين .

(أحدهما) أن المزنى حذف منها ما قد ذكره الشافعى فى كتاب الأم فقال فيه : ولو قال له : ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه ، فحذف المزنى قوله : ناضل نفسك . وأورد باقى كلامه ، وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا . واختلفوا فى تعليله فقال أبو إسحاق ، وهو الظاهر من تعليل الشافعى : أنه جعله مناضلا لنفسه ، والنضال لا يكون إلا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فبطل . وقال آخرون : بل علة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله : إن كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به .

(والوجه الثانى) أن المسألة مصورة على ما أورده المزنى ههنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له : ارم عشرة أرشاق ، فعلى هذا يكون فى صحته وجهان من اختلاف العلتين :

(أحدهما) أنه صحيح ويستحق ما جعل له التعليل الأول ، لأنه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه .

(والوجه الثانى) أنه باطل للتعليل الثانى أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين ثالثة ، واختلف فيها أصحابنا بأيها تلحق ؟ على وجهين ، وهو أن يقول : ناضل وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسألة الأولى فى قوله ناضل ، وتوافق المسألة الثانية فى حذف قوله : ناضل نفسك ، وأحد الوجهين وهو قول أبى إسحاق المروزى أنها فى حكم المسألة الأولى فى البطلان لأجل قوله : ناضل ، والنضال لا يكون إلا بين اثنين فصار كقوله : ناضل نفسك (والوجه الثانى) أنها فى حكم المسألة الثانية فى حمل صحتها على وجهين من اختلاف العلتين إذا سقط قوله : نفسك ، صار قوله ناضل ، يعنى ارم على نضال ، والنضال المال ، فصار كالابتداء بقوله : ارم عشرة أرشاق . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز اخراج السبق الا على ما ذكرناه فى المسابقة من اخراج العوض منهما أو من غيرهما ، وفى دخول المحلل بينهما .

فصل ولا يصح حتى يتعين المتراميان ، لأن المقصود معرفة حذقهما ، ولا يعلم ذلك الا بالتعيين ، فان كان احدهما كثير الاصابة والآخر كثير الخطأ ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن نضل احدهما معلوم ، فيكون الناضل منهما كالأخذ للمال من غير نضال ، وذلك من أكل المال بالباطل .

(والثانى) لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمى والحذق فيه .

فصـــل ولا يصح الا على آلتين متجانستين فان عقد على جنسين بان يرمى احدهما بالنشاب ، والآخر بالحراب ، لم يجز ، لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر فى واحد من الجنسين ، وان عقد على نوعين من جنس بأن يرمى احدهما بالنبل والآخر بالنشاب ، أو يرمى احدهما على قوس عربى ، والآخر على قوس فارسى جاز ، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان ، فيعرف به حذفهما ، فان أطلق العقد فى موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه ، وان لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين ، لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين ، فوجب بيانه . وان عقد على نوع فاراد ان ينتقل الى نوع آخر لم تلزمه الاجابة اليه ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع ، فان من الناس من يرمى باحد النوعين اجود من رميه بالنوع الآخر . وان عقد على قوس بعينها فأراد ان ينتقل الى غيرها من نوعها جاز ، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان ، فان شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بيناها فى كتاب الاجارة .

فصـــل ولا يجوز الا على رشق معلوم ، وهو العدد الذى يرمى به ، لأنه اذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن الفضل ولم يظهر السبق .

فصـــل ولا يجوز الا على اصابة عدد معلوم ، لأنه لا يبين الفضل الا بذلك ، فان شرط اصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان : أحدهما : يصح لأنه قد يصيب ذلك ، فصح العقد كما لو شرط اصابة ثمانية من عشرة والثانى : لا يصح لأن اصابة ذلك تندر وتتعذر ، فبطل المقصود بالعقد) .

الشرح ذكرنا فيما مضى من أحكام المسابقة أنه لا يجوز إخراج السبق إلا على ما تراضيا عليه ، وكما يقول الإمام الشافعى رضى الله عنه : ويخرج كل واحد منهما ما تراضيا عليه ويتواضعانه على يدي رجل يثقان به أو يعينانه ، ولصحة العقد بينهما مع دخول المحلل أربعة شروط :

(أحدها) أن يكون العوض معلوما إما معينا أو موصوفا ، فإن كان مجهولا لم يصح ، لأن الأعواض فى العقود لا تصح معلومة .

(والشرط الثانى) أن يتساويا فى جنسه ونوعه وقدره فإن تفاضلا أو اختلفا لم يصح ، لأنهما لما تساويا فى العقد وجب أن يتساويا فى بذله .

(والشرط الثالث) تعيين الفرس فى السباق . (والرابع) أن يكون مدى سبقهما معلوما إما بالابتداء والانتهاء كالإجارة المعينة ، وإما مذروعا بذراع مشهور كالإجارة المضمونة . فإذا صح العقد بينهما على الشروط المعتبرة وفى المحلل الداخل بينهما لم يخل حالهما فى السبق من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على تركه فى أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان على ذلك ولا يلزم إخراج مال السبق من أحدهما إلا بعد أن يصير مسبوقا فيؤخذ باستحقاقه .

(والحالة الثانية) أن يتفقا على أمين فيؤخذ مال السبق منهما ويوضع على يده ويعزل مال كل واحد منهما على حدته ، فإن سبق أحدهما سلم إليه ماله ومال المسبوق ، فإن سبق المحلل سلم إليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجرة على السابق ولا على المسبوق إلا عن شرط ، فإن كانت له أجرة فى عرف المتسابقين ففى حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خياطاً فعمل بغير شرط هل يستحق أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أن الأمين يستحق أجرة مثله إذا حكم للصانع بالأجرة ، ويكون على المستبقين لا يختص بها السابق منهما لأنها أجرة على حفظ المالين

(والثانى) أنه لا أجرة له وإن جرى العرف إلا أن يحكم للصانع بالأجرة .

(والحال الثالثة) أن يختلفا على الأمين فيخرج الحاكم لهما أميناً يقطع تنازعهما .

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز السبق إلا معلوماً ، كما يجوز فى البيع . قال الماوردى : وهذا صحيح ، يريد بالسبق المخرج فى العقد فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوماً من وجهين إما بالتعيين كاستباقهما على عين مشاهد ، وإما بالصفة كاستباقهما على مال

فى الذمة ، لأنه من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهالة به عند العقد .

ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح ، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل ، ولو كان لأحدهما فى ذمة الآخر قفيز من حنطة فتناضلا عليه ، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح ، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ، وإن كان عن غصبه صح ، لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح .

وإن كان من قرض فعلى وجهين من الوجهين فى صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقاً صح ، ولو تناضلا على دينار إلا درهماً لم يصح لأنه يكون بالاستثناء من جنسه معلوما وبالاستثناء من غير جنسه مجهولا ، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطة مؤجل صح ، لأنه على عوضين : حال ومؤجل ، ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل ديناراً ويعطى درهما لم يجز ، لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطى .

ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما ، فإن نضل دفعه وإن شرط لم يرم أبداً أو شهراً كان العقد فاسداً لأنه قد شرط فيه الامتناع وهو مندوب إليه فبطل ، وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا فنضل أحدهما ، فإن كان الناضل باذل المال فلا شىء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففى استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا سبق أحد الرجلين الآخر على أن يجعلا بينهما قرعا معروفاً خواسق أو خوابى فهو جائز . ا هـ .

قلت : نعلم من أقوال الشافعى رضى الله عنه أن عقد الرمى معتبر بشروط (أحدها) أن يكون الراميان متعينين ، لأن العقد عليهما ، والمقصود به حذقهما ، فإن لم يتعينا بطل العقد ، سواء وصفا أو لم يوصفا ، كما لو أطلق فى السبق الفرسان ، فإن لم يتعينا كان باطلا . ولا يلزم تعيين الآلة ، ولكل واحد منهما أن يرمى عن أى قوس شاء ، وبأى سهم

أحب ، فإن عينت الآلة لم يتعين وبطلت فى التعين . ولو قيل : ويرمى عن هذين القوسين لم يؤثر فى العقد وجاز لهما الرمى عنها ولغيرهما ، وإن قيل : على أن لا يرمى إلا عن هذين القوسين كان فاسداً لأنه على الوجه الأول صفة وعلى الوجه الثانى شرط .

أما قوله « ولا يصح إلا على آلتين متجانستين » فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يصلح أن يمنع الرجل أن يرمى بأى نبل أو قوس شاء إذا كانت من صنف القوس التى سابق عليها .

قلت : وأنواع القسى تختلف باختلاف أنواع الناس فللعرب قسى وسهام وللعجم قسى وسهام ، وقيل : إن أول من صنع القسى العربية إبراهيم الخليل عليه السلام ، وأول من صنع الفارسية النمروذ . وكان النبى صلى الله عليه وسلم يحب القوس العربية ويأمر بها ويكره الفارسية وينهى عنها ، ورأى رجلا يحمل قوساً فارسية فقال : ملعون حاملها عليكم بالقسى العربية وسهامها ، فإنه سيفتح عليكم بها . قال الماوردى : وليس هذا منه محمولا على الحظر المانع ، وفى تأويله ثلاثة أوجه .

(أحدها) ليحفظ به آثار العرب ، ولا يعدل الناس عنها رغبة فى غيرها ، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيل القوس العربية باقيا .

(والوجه الثانى) أنه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا يتشبهوا بأهل الحرب من المشركين فيقتلوا ، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيلها مرتفعا لأنها قد فشت فى عامة المسلمين .

(والثالث) ما قاله عطاء أنه لعن من قاتل المسلمين بها . فعلى هذا لا يكون ذلك ندباً إلى تفضيل العربية عليها ويكون نهياً عن قتال المسلمين بها وبغيرها . وخصها باللعن لأنها كانت أنكى فى المسلمين من غيرها ، وقد رمى عنها الصحابة والتابعون فى قتال المشركين ، وإن كان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوسه لمن قوى رميه عنها أحب إلينا . فإن كان

بالفارسية أرمى كانت به أولى ، ويكون الندب منهما إلى ما هو به أرمى ا هـ .

فإذا تقرر ذلك فلا يخلو حال المتناضلين فى عقد نضالهما من خمسة أحوال : (أحدها) أن يشترطا فيه الرمى عن القوس الغربية ، فعليهما أن يتناضلا بالعربية وليس لأحدهما العدول عنها لأجل الشرط ، فإن تراضيا معا بالعدول إلى الفارسية جاز .

(الثانية) أن يشترطا فيه الرمى عن القوس الفارسية فعليهما أن يتناضلا بها وليس لأحدهما العدول إلى العربية ، فإن تراضيا بالعدول جاز .

(الثالثة) أن يشترطا أن يرمى أحدهما عن القوس العربية ويرمى الآخر عن القوس الفارسية فهذا جائز . وإن اختلفت قوساهما ، لأن مقصود الرمى حذق الرامى والآلة تبع .

(الرابعة) أن يشترطا أن يرمى كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو فارسية ، فيجوز لكل واحد أن يرمى عن أى القوسين شاء قبل الشروع فى الرمى وبعده فإن أراد أحدهما منع صاحبه من خياره لم يجز ، سواء تماثلا فيها أو اختلفا .

(الخامسة) أن يطلقا العقد من غير شرط ، فإن كان للرماة عرف فى أحد القوسين حمل عليه ، وجرى العرف فى العقد المطلق مجرى الشرط فى العقد المقيد . وإن لم يكن للرماة فيه عرف معهود فهما بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد القوسين إذا كانا فيها متساويين ، لأن مطلق العقد يوجب التكافؤ ، وإن اختلفا لم يقرع بينهما لأنه أصل فى العقد ، وقيل لهما : إن اتفقتما وإلا فسخ العقد بينكما .

(والشرط الثالث) أن يكون عدد الإصابة من الرشق معلوما ليعرف به الناضل عن المنضول ، وأكثر ما يجوز أن تشترط فيه ما نقص من عدد الرشق المشروط بشىء وإن قل ليكون متلافيا للخطأ الذى يتعذر أن يسلم

منه المتناضلان . فقد كان معروفا عندهم أن أحذق الرماة من يصيب ثمانية من العشرة ، فإن شرط إصابة الجميع من الجميع بطل لتعذره غالباً ، وإن شرطا إصابة ثمانية من العشرة جاز فإن شرطا إصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لبقاء سهم الخطأ (والوجه الثانى) لا يجوز لأن إصابتها نادرة . فأما أقل ما يشترط فى الإصابة فهو ما يحصل فيه القاصر. وهو ما زاد على الواحد . وقد نص الشافعى رضى الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة .

واختلف أصحابنا فى تأويل هذا على وجهين (أحدهما) تأويلها أن يشترطا إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين (والثانى) تأويلها أن يشترطا أن يكون الرشق عشرة والإصابة محتسبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجهاً واحداً لاستحقاق الإصابة من جميع الرشق به ، فإن أغفلا عدد الإصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان (أحدهما) من التعليلين فى اشتراط فعله فى سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم فى أى غاية كانت ، وهو باطل فى الخيل لعلتين :

(إحداهما) أن من الخيل من يقوى جريه فى ابتدائه ويضعف فى انتهائه ، ومنها ما هو بضده ، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الإصابة باطلا ، لأن من الرماة من تكثر إصابته فى الابتداء وتقل فى الانتهاء ومنهم من هو بضده .

(والتعليل الثانى) أن إجراء الخيل إلى غير غاية مفض إلى انقطاعها ، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الإصابة لأنه مفض إلى انقطاع الرماة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجوز الا أن يكون مدى الفرض معلوماً ، لأن الاصابة تختلف بالقرب والبعد ، فوجب العلم به ، فان كان فى الموضع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه ، كما يجوز أن يطلق الثمن فى البيع فى**

موضع فيه نقد واحد ، وان لم يكن فيه غرض معلوم المدى ، لم يجز العقد حتى يبين ، فان أطلق العقد بطل ، كما يبطل البيع بثمن مطلق فى موضع لا نقد فيه ، ويجوز أن يكون مدى الفرض قدراً يصيب مثلهما فى مثله فى العادة ، ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلهما فى مثله ، وفيما يصيب مثلهما فى مثله نادراً وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه قد يصيب مثلهما فى مثله ، فاذا عقدا عليه بعثهما العقد على الاجتهاد فى الاصابة .

(والثانى) لا يجوز لأن اصابتهما فى مثله تندر فلا يحصل المقصود . وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعا ، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعا ، وفيما بينهما وجهان ، فان تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه يمتحن به قوة الساعد ، ويستعان به على قتال من بعد من العدو .

(والثانى) لا يجوز لأن الذى يقصد بالرمى هو الاصابة ، فأما الابعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه .

فصل **ويجب أن يكون الفرض معلوماً فى نفسه فيعرف طوله وعرضه ، وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض ، لأن الاصابة تختلف باختلافه، فان كان العقد فى موضع فيه غرض معروف فاطلق العقد حمل عليه ، كما يحمل البيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد ، وان لم يكن فيه غرض وجب بيانه ، والمستحب أن يكون الرمى بين غرضين ، لما روى عبد الدائم بن دينار قال : ((بلغنى أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة)) . وعن عقبة بن عامر ((أنه كان يرمى بين غرضين بينهما اربعمائة)) . وعن ابن عمر أنه ((كان يختفى بين الفرضين)) وعن أنس ((أنه يرمى بين الهدفين)) ، ولأن ذلك اقطع التنافر وأقل للتعب) .**

الشرح خبر : ما بين الهدفين الخ سبق أن سقناه فى الحث على الرمى نقلا عن المصنف وغيره من الفقهاء ، كابن قدامه فى المغنى ، وقد أعضله ولم يوضح ، وأبناء دينار ثلاثة : عبد الله . ومالك . وعمرو ، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم ، بل ليس فى زواة السنة من اسمه عبد الدائم فضلا عن أن يكون ابن دينار وقد سبق الخبر بلاغاً .

وذكر الماوردى فى الحاوى الخبر مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم من طريق ابن دينار مبهما ، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب فى الترغيب فى الرمى . وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبى الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبى هريرة يرفعه « تعلموا الرمى فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » وفى إسناده ضعف وانقطاع .

أما خبر عقبة بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمى إلى أربعمائة ذراع وهو أحد ولاة مصر بعد عمرو وتوفى فى آخر خلافة معاوية روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وأبو أمامة ومسلمة بن مخلد ورواته من التابعين لا يحصون ، وقد غلط ابن الخياط عندما قال : إنه قتل شهيداً فى معركة النهروان ، ومعركة النهروان كانت سنة ثمان وثلاثين وقد كان بعد ذلك واليا على مصر بعد سنة خمسين .

أما الأحكام فإن الشرط الرابع من شروط الرمى أن تكون المسافة بين موقف الرامى والهدف معلومة ؛ لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها فلزم العلم بها وأبعد ما فى العرف ثلاثمائة ذراع ، وأقلها ما يحتمل أن يصاب وأن لا يصاب ، فإن أغفلا مسافة الرمى فلها ثلاثة أحوال .

(إحداها) أن لا يكون للرماة هدف منصوب ولا لهم عرف معهود فيكون العقد باطلا للجهالة .

(والثانية) أن يكون للرماة الحاضرين هدف منصوب وللرماة فيه موقف معروف فيصح العقد ويكون متوجهاً إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد ، والرماة يسمون : موقف الوجه .

(والثالثة) أن لا يكون لهم هدف منصوب ولكن لهم عرف معهود ، ففيه وجهان (أصحهما) يصح العقد مع الإطلاق ، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الأثمان على غالب النقد المعهود (والوجه الثانى) أن العقد باطل ، لأن حذق الرماة يختلف فاختلف لأجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف .

(والشرط الخامس) الذى تضمنه هذان الفصلان من كلام المصنف أن يكون الغرض أو الهدف معلوماً لأنه المقصود بالإصابة ، أما الهدف فهو تراب يجمعونه أو حائط بيت ، وقد قيل من صنف فقد استهدف لأنه يرمى بالأقاويل من الحاسدين والناقضين . وأما الغرض فهو جلد أو شن بال ينصب فى الهدف ويختص بالاصابة وربما جعل فى الغرض دارة كالهلال تختص بالإصابة ممن يحمله الغرض وهى الغاية فى المقصود من حذق الرماة ، وإذا كان كذلك فالعلم بالغرض يكون من ثلاثة أوجه .

(أحدها) موضعه من الهدف فى ارتفاعه وانخفاضه لأن الإصابة فى المنخفض أكثر منها فى المرتفع .

(والثانى) قدر الغرض فى ضيقه وسعته ، لأن الإصابة فى الواسع أكثر منها فى الضيق ، وأوسع الأغراض فى عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع .

(والثالث) قدر الدارة من الغرض إن شرطت الإصابة فيها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجب أن يكون موضع الاصابة معلوماً ، وأن الرمى الى الهدف وهو التراب الذى يجمع أو الحائط الذى يبنى أو الى الغرض ، وهو الذى ينصب فى الهدف ، أو الشن الذى فى الغرض ، أو الدارة التى فى الشن ، أو الخاتم الذى فى الدارة ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، فان اطلق العقد حمل على الغرض ، لأن العرف فى الرمى اصابة الغرض فحمل العقدعليه، ويجب أن تكون صفة الرمى معلومة من القرع ، وهو اصابة الغرض أو الخزق وهو أن يثقب الشن ، أو الخسق وهو الذى يثقبه ، ويثبت فيه ؛ أو المرق وهو الذى ينفذ منه ، أو الخرم وهو ان يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم فى الشن وبعضه خارجا منه ، لأن الحذق لا يبين الا بذلك ، فان اطلق العقد حمل على القرع ، لأنه هو المتعارف ، فحمل مطلق العقد عليه ، فان شرط قرع عشرة من عشرين ، وان يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين ، جاز لانهما يتساويان فيه ، وان أصاب احدهما تسعة قرعا ، واصاب الآخر قارعين واربعة خواسق فقد نضله لانه استكمل العشرة بالخواسق .**

فصــــل واختلف اصحابنا فى بيان حكم الاصابة أنه مبادرة أو محاطة او حوابى ، فمنهم من قال : يجب بيانه ، فان أطلق العقـد لم يصـح ، لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه ، ومنهم من قال : يصح ويحمل على المبادرة لأن المتعارف فى الرمى هو المبادرة ، واختلفوا فى بيان من يبتدىء بالرمى ؛ فمنهم من قال : يجب ، فان أطلق العقد بطـل ، وهو المنصوص ؛ لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقـوة النفس ، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر ، وساء رميه ، فلا يحصل مقصود العقد ، ومنهم من قال : يصح لأن ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيـه بمـا تزول به التهمة من العرف أو القرعة ، فاذا قلنا : انه يصح ففى البادىء وجهان .

(أحدهما) ان كان السبق من أحدهما قدم ، لأن له مزية بالسـبق ، وان كان السبق منهما اقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

(والثانى) لا يبدأ أحدهما الا بالقرعة ، لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق ، فان كان الرمى بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر ، لأنه أعدل وأسهل ، فان كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له ان أصاب ولا عليه ان اخطأ ، لأنه رمى بغير عقد فلم يعتد به ، وان اختلفا فى موضع الوقوف كان الأمـــر الى من له البداية ، لأنه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان ، فاذا صار الثانى الى الغرض الثانى صار الخيار فى موضع الوقوف اليه ليستويا ، وان طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها اجيب من طلب الاستدبار لأنه أوفق للرمى) .

الشرح لغات الفصل فيها قوله : الشن وهو جلد بال ينصب فى الهدف . أما الدارة فهى قطعة على شكل نصف دائرة ، والقرع باســكان الراء من باب نفع يقال : قرع السهم القرطاس إذا أصابه ، والقرع بفتحتين السبق والندب الذى يستبق عليه .

اما الأحكام فإن المصنف ذكر هنا الشرط وهو أن يكون محل الإصابة معلوماً ، هل هو فى الهدف أو فى الغرض أو فى الدارة ، لأن الإصــابة فى الهدف أوسع ، وفى الغرض أوسط وفى الدارة أضيق ، وإن أغفــل ذلك كان جميع الغرض محلا للإصابة لأن ما دونه تخصيص ، وما زاد عليه فهو بالغرض مخصوص ، فإن كانت الإصابة مشروطة فى الهدف سقط اعتبــار

الغرض ، ولزم وصف الهدف طوله وعرضه ، وإن شرطت الإصابة فى الغرض سقط اعتبار الهدف ولزم وصف الغرض ، وإن شرطت الإصابة فى الدارة سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدارة .

فـــرع والشرط السابع : أن تكون الإصابة موصوفة بقرع أو خرق أو خسق فالقارع ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه . والخارق ما ثقب الغرض ولم يثبت فيه ، والخاسق ما نبت فى الغرض بعـد أن ثقب ، ولا يحتسب بالقارع فى الخرق والخسق ، وتحتسب بالخارق فى القــرع ولا يحتسب به فى الخسق ، ويحتسب بالخاسق فى القرع والخرق ويطلق على جميع هذه الإصابات اسم الخواصل وهو جمع خصال فإن أغفل هذا الشرط كانت الإصابة محمولة على القرع لأن ما عداه زيادة .

فـــرع والشرط الثامن أن يكون حكم الإصابة معلوما ، هـل مبادرة أو محاطة لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الآخر ، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين على ما سـيأتى ، والمحاطة أن يحط أقل الإصابتين من أكثرهما ويكون الباقى بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه ، فإن أغفلا ذلك ولم يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة عرف معهود ، وفى فساده إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وقــد رأيت من الرماة مـن يقول : صاحب السبق أولى أن يبدأ وللمسبق لهما أن يبدأ أيهما شـاء ، ولا يجوز فى القياس عندى إلا أن يتشارطا . أما اشتراط الابتداء فهو شاء ، فى الرمى دون السبق لأنهما فى السبق يتساويان فى الجرى معاً لا يتقـدم أحدهما على الآخر ، وأما الرمى فلابد أن يبتدىء به أحدهما قبل الآخـر ولا يرميان معاً لاختلاط رميهما ولما يخاف من تنافرهما ، فإن شرطا فى العقد البادىء منهما بالرمى كان أحقهما بالابتداء سـواء كان المبتدىء مخـرج المال أو غير مخرجه ، فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع لأن

التقدم حق له وليس بحق عليه ، وإن أغفل فى العقد اشتراط البادىء بالرمى ففى العقد قولان .

(أحدهما) وهو اختيار الشافعى فى هذا الموضع أن العقد باطل لأن للبداية تأثيراً فى قوة النفس وكثرة الإصابة فصارت مقصودة فبطل العقد باغفالها .

(والقول الثانى) أن العقد صحيح ، وإن أغفلت فيه البداية ، وقد حكاه الشافعى عن بعض فقهاء الرماة لأنه من توابع الرمى الذى يمكن تلافيه بما تزول التهمة فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعة ، فعلى هذا إن كان مخرج المال أحدهما كان هو البادىء بالرمى اعتبارا بالعرف ، وفيه وجه آخر أنه يقرع بينهما ، فإن كانا مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئهما وهل يدخل المحلل فى قرعتهما أو يتأخر عنهما ؟ على وجهين (أحدهما) يتأخر ولا يدخل فى القرعة إذا قيل : إن مخرج المال يستحق التقدم (والوجه الثانى) يدخل فى القرعة ولا يتأخر إذا قيل : إن مخرج المال لا يتقدم إلا بالقرعة .

قال الشافعى رضى الله عنه : وقد جرت عادة الرماة أن يكون الرامى الثانى يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم فإن كانت مختلفة فيه ، يفعلونه تارة ويسقطونه أخرى سقط اعتباره ووجب التساوى فيه ا هـ وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها ففى لزوم اعتباره بينهما وجهان (أحدهما) لا يعتبر لوجوب تكافئهما فى العقد فلم يجز أن يتقدم أحدهما على الآخر بشىء لأنه يصير مصيباً بتقدمه لا لحذقه (والوجه الثانى) يعتبر ذلك فيها ، لأن العرف فى العقود كاطلاق الأعيان ، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم فى عدد الأقدام حملا على العرف فى عددها ليكون القرب بالأقدام فى مقابلة قوة النفس تقدم أحدهما على الآخر بما لا يستحق لم يحتسب له بصوابه واحتسب عليه بخطئه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : وأيهما بدأ من وجه بدأ صاحبه من الآخر .
قال الماوردى : عادة الرماة فى الهدف مختلفة على وجهين وكلاهما جائز ،

فمنهم من يرمى بين هدفين متقابلين فيقف أحد الحزبين فى هدف يرمى منه إلى الهدف الآخر ويقف الحزب الآخر فى الهدف المقابل فيرمى إلى الهدف الآخر ا هـ .

(قلت) والحكمة فى أن يتقدم أحدهما الآخر وأن لا يرميا سويا هو أن التساوى فى الرمى مفض إلى الاختلاف فى الإصابة حيث لا يعرف من المصيب منهما ومن ثم توجه ما مضى من أقوال وبهذا كله أخذ أحمد وأصحابه .

فإذا تشاحا فى موضع الوقوف ، فإن كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون فى أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحاً تؤذيه باستقبالها ونحو ذلك ، والآخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف فى الرمى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز ان يرميا سهماً سهما وخمساً خمساً ، وان يرمى كل واحد منهما جميع الرشق ، فان شرطا شيئاً من ذلك حملا عليه ، وان أطلق العقد تراسلا سهماً سهماً ، لأن العرف فيه ما ذكرناه ، وان رمى احدهما أكثر مما له لم يحسب له ان أصاب ، ولا عليه ان اخطأ ، لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به .

فصل ولا يجوز ان يتفاضلا فى عدد الرشق ، ولا فى عدد الاصابة ولا فى صفة الاصابة ولا فى محل الاصابة ، ولا أن يحسب قرع احدهما خسقا، ولا أن يكون فى يد أحدهما من السهام أكثر مما فى يد الآخر فى حال الرمى ، ولا ان يرمى احدهما والشمس فى وجهه لأن القصد ان يعرف حذقهما ، وذلك لا يعرف مع الاختلاف ، لانه اذا نضل احدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمى ، فان شرط شيئاً من ذلك بطل العقد ، لانه فى احد القولين كالاجارة ، وفى الثانى كالجعالة ، والجميع يبطل بالشرط الفاسد .

وهل يجب للناضل فى الفاسد اجرة المثل ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا تجب . وهو قول أبى اسحاق لأنه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق السابق ، فلم تلزمه أجرته .

(والثانى) تجب ، وهو الصحيح ، لأن كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب عوض المثل فى فاسده كالبيع والاجارة .

فصـــل **وان شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطـل الشرط ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد ، فبطل ، وهو يبطل العقد المنصوص انه يبطل لأنه تمليك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف ، فاذا بطـل الشرط بطل العقد ، كما لو باعه سلعة بالف على أن يتصـــدق بها . وقال ابو اسحاق : يحتمل قولا آخر : لا يبطل ، كما قال فيمن أصدق امراته ألفين على أن تعطى اباها الفـا أن الشرط باطل ويصـــح الصـــداق ، فاذا قلنـــا بالمنصــوص سقط المســتحق ، وهــل يرجع الســابق بأجرة المثــل ؟ على الوجهين) .**

الشرح إذا شرطا فى العقد شرطاً حملا فيه على موجب الشرط وإن خالف العرف لأن الشرط أحق من العرف ، فإن شرطا أن يرميا سهما وسهما أو شرطا أن يرميا خمساً وخمساً ، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمى جميع رشقه رمى كل واحد منهما عدد ما أوجب الشرط ، فإن زاد عليه لم يحسب به مصيباً ولا مخطئاً لخروجه عن موجب العقد ، وإن غفل ولم يشترط فى العقد لم يبطل العقد باغفاله لإمكان التكافؤ فيه واعتبر فيها عرف الرماة لأنه يجرى بعد الشرط مجرى الشرط ، فإن كان عرف الرماة جارياً بأحـــد الثلاثة المجوزة من الشرط صار كالمستحق بالشرط ، وإن لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهماً وسهماً ، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفدا جميع الرشق . لأن قرب المعاودة إلى الرمى أحفظ لحسن الصنيع ، فإن رمى أحدهما أكثر من سهم فإن كان قبل استقرار هذا الترتيب كان محتسباً به مصيبا ومخطئاً ، وإن كان بعد اســتقراره لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا ، لأنه قبل الاستقرار يجوز وبعد الاستقرار ممنوع .

وهذا الذى ذكرناه هو الشرط التاسع من شروط الرمى . قال فى الحاوى الكبير : يذكر المبتدىء منهما بالرمى وكيفية الرمى هــل يتراميان ســهماً وسهماً أو خمسا وخمسا ليزول التنازع ويعمل كل واحد منهما على شرطه ، فإن أغفل ذكر المبتدىء منهما بالرمى ففى العقد قولان (أحدهما) أنه باطل (والثانى) جائز وفى المبتدىء وجهان (أحدهما) مخرج المال (والثانى)

من قرع ، وإن أغفل عدد ما يرميه كل واحد منهما فى يديه فالعقد صحيح ويحملان على عرف الرماة إن لم يختلف ، فإن اختلف عرفهم رميا سهماً وسهماً .

قلت : وقد مضى ذكر الشرط العاشر ، وهو المال المخرج فى النضال ويسمى الحظر ويجب ذكره ، فإن كان مجهلا ففى استحقاقه لأجرة مثله إذا نضل وجهان .

فــرع ولا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما قرعا وإصابة الآخر خسقا ، لأن المقصود بالعقد معرفة أحذقهما بالرمى ، كما لا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما خمسة من عشرين وإصابة الآخر عشرة من عشرين لما فيه من التناضل الذى لا يعلم به الأحذق .

قال الشافعى رضى الله عنه : وهو متطوع باطعامه إياه ، وما نضله فله أن يحرزه ويتموله ويمنعه منه ومن غيره ، وهو عندى كرجل كان له على رجل دينار فأسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو ، وقال أيضاً : ومستحق سبقه يكون ملكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه ، إن شاء أطعم أصحابه ، وإن شاء تموله .

قلت : وهذا صحيح إذا نضل الرامى ملك مال النضال وكذلك فى السبق وصار كسائر أمواله ، فإن كان عيناً استحق أخذها ، وإن كان ديناً استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم أصحابه ، من أهل النضال والسباق .

وحكى الشافعى عن بعض فقهاء الرماة أن عليه أن يطعم أصحابه ولا يجوز أن يتملكه ، وهذا فاسد ، لأنه لا يخلو إما أن يكون كمال الإجارة أو مال الجعالة لأن عقده متردد بين هذين العقدين ، والعوض فى كل واحد منهما مستحق يتملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فبطل ما قاله المخالف فيه ، فعلى هذا إن مطل به المنضول قضى به الحاكم عليه وحبسه فيه وباع عليه ملكه . وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته .

وقال الشافعي رضى الله عنه : ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسداً . وقد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه أن يطعم أصحابه ، فإن شرط عليه في العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان الشرط فاسداً ، لأنه ينافي موجب العقد ، وفي فساد العقد وجهان .

(أحدهما) وهو الظاهر من المذهب أن العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع . (والوجه الثانى) وهو قول أبي إسحاق المروزى ، وبه قال أبو حنيفة إن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط ، لأن نفعه لا يعود على مشترطه ، وكان وجوده كعدمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وإذا تناضلا لم يخل اما أن يكون الرمى مبادرة أو محاطة أو حوابى فان كان مبادرة ، وهو أن يعقد على اصابة عدد من الرشق وأن من بدر منهما الى ذلك مع تساويهما في الرمى كان ناضلا ، فان كان العقد على اصابة عشرة من ثلاثين نظرت ـ فان أصاب أحدهما عشرة من عشرين ، وأصاب الآخر تسعة من عشرين ، فالاول ناضل لأنه بادر الى عدد الاصابة ، وان أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمى الباقى ، لأن الزيادة على عدد الاصابة غير معتد بها ، وان أصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله ، لانه لم يستوف واحد منهما عدد الاصابة فيرميان ، فان رمى الأول سهما وأصاب فقد فلج وسقط رمى الباقى ، وان رمى الأول خمسة فاخطأ في جميعها ورمى الثانى فأصاب في جميعها ، فان الناضل هو الثانى ويسقط رمى ما بقى من الرشق ، لأن الأول اصاب تسعة من خمسة وعشرين . وأصاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين ، وان أصاب الأول تسعة من تسعة عشر واصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادىء سهما فاصاب فقد نضل ، ولا يرمى الثانى ما بقى من رشقه لانه لا يستفيد به نضلا ولا مساواة ، لان الباقى من رشقه سهم ، وعليه اصابة سهمين ، فان اصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادىء فاصاب جاز للثانى ان يرمى ، لانه ربما يصيب فيساويه .

فصل وان كان الرمى محاطة وهو أن يعقدا على اصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الاصابة ويفضل لاحدهما عدد

الاصابة فيكون ناضلا نظرت ، فان كان العقد على اصابة خمسة من عشرين فاصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل احدهما الآخر ، لأنه لم يفضل له عدد من الاصابة ويرميان ما تبقى من الرشق ، لانه يرجو كل واحد منهما أن ينضل ، فان فضل لأحدهما بعد تساويهما فى الرمى واسقاط ما استويا فيه عدد الاصابة لم يخل ـ اما ان يكون قبل اكمال الرشق أو بعده ـ فان كان بعد اكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين واصابها ، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر ، فالأول هو الناضل ، لانه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الاصابة ، وان كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمى باقى الرشق نظرت ، فان لم يكن له فائدة مثل أن يرمى الأول خمسة عشر واصابها ، ورمى الثانى خمسة عشر فأصاب خمسة ، لم يكن له مطالبته لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقى له وهو خمسة ، ويبقى للأول خمسة فينضله بها ، وان كان له فيه فائدة بأن يرجو ان ينضل بأن يرمى أحدهما احد عشر فيصيب ستة ويرمى الآخر عشرة . فيصيب واحداً ، ثم يرمى صاحب الستة فيخطىء فيما بقى له من الرشق . ويرمى صاحب الواحد فيصيب فى جميع ما بقى له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمى أحدهما خمسة عشر . فيصيب منها عشرة ويرمى الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة . ثم يرمى صاحب العشرة فيخطىء فى الجميع ، ويرمى صاحب الخمسة فيصيب ، فيساويه أو يقلل اصابته بان يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر ، ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر ، ثم يرمى صاحب الأحد عشر ما بقى له من رشقه فيخطىء فى الجميع ، ويرمى صاحب السهمين فيصيب فى الجميع فيصير له سبعة ، ويبقى لصاحبه اربعة ، فهل لأقلهما اصابة مطالبة الآخر باكمال الرشق ؟ فيه وجهان :

(احدهما) ليس له مطالبته لانه بدر الى الاصابة مع تساويهما فى الرمى بعد المحاطة فحكم له بالسبق .

(والثانى) له مطالبته لان مقتضى المحاطة اسقاط ما استويا فيه من الرشق . وقد بقى من الرشق بعضه .

فصل وان كان العقد على حوابى وهو ان يشترطا اصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من اصابة احدهما ما بعد من اصابة الآخر: فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق . فان رمى احدهما فاصاب من الهدف موضعاً بينه وبين الفرض قدر شبر حسب له ، فان رمى الآخر فأصاب موضعاً بينه وبين الفرض قدر أصبع حسب له واسقط ما رماه الأول فان عاد الأول ورمى فأصاب الفرض اسقط ما رماه صاحبه . وان أصاب احدهما الشن واصاب الآخر العظم الذى فى الشن فقد

قال الشافعى رحمه الله : من الرماة من قال : انه تسقط الاصابة من العظم ما كان أبعد منه .

قال الشافعى رحمه الله : وعندى انهما سواء . لأن الفرض كله موضع الاصابة فان استوفيا الرشق ولم يفضل احدهما صاحبه بالعدد الذى اشترطاه فقد تكافآ وان فضل احدهما صاحبه بالعدد أخذ السبق .

وحكي عن بعض الرماة انهما اذا أصابا اعلا الفرض لم يتقايسا . قال والقياس أن يتقايسا لأن احدهما اقرب الى الفرض من الآخر فاسقط الأقرب الابعد كما لو أصابا أسفل الفرض أو جنبه) .

الشرح أما غريب هذه الفصول فقد مضى شرح المبادرة والمحاطة والحوابى أما قوله :فلج من الفلوج وبابه خرج فيقال : فلج فلوجاً أى ظفر بما يريد ، وقوله : نضل أي فاز عليه بالمراماة .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وإن كان رميهما مبادرة فبلغ تسعة عشر من عشرين رمى صاحبه بالسهم الذى يراسله ثم رمى الثانى فإن أصاب بسهمه ذلك فلج عليه ، وإن لم يرم الآخر بالسهم ، لأن المبادرة أن يفوت أحدهما الآخر وليس كالمماثلة .

قال المزنى : وهذا عندى غلط لا ينضله حتى يرمى صاحبه بمثله ، قد ذكرنا أن الرمى ضربان محاطة ومبادرة فالمبادرة صورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيكون الرشق ثلاثين سهماً والإصابة المشروطة منها عشرة أسهم فأيهما بدر إلى إصابتها من أقل العددين فيه نضل وسقط رمى الرشق ، وإن تكافئا فى الإصابة من عدد متساو سقط رمى الثانى وليس منهما ناضل . وبيانه أن يصيب أحدهما عشرة من عشرين وقد رماها الثانى فنقص منها ، ولا يرميان بقية الرشق لحصول النضل ، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن منهما ناضل ولا منضول وسقط رمى الباقى من الرشق ، لأن زيادة الإصابة فيه غير مفيدة لنضل .

ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين فالنضال بحاله ، لأن عدد الإصابة لم يستوف ، فيرميان من بقية الرشق

ما يكمل به إصابة أحدهما عشرة ، فإن رمى الأول سهماً فأصاب فقد فلج على الثانى ونضل وسقط رمى الثانى ، ولو رمى الأول خمســة فأخطأ فى جميعها ورمى الثانى خمسة فأصاب فى جميعها صار الثانى ناضلا وسقط رمى الثانى من الرشق ، لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصــاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين ثم على هذا الاعتبار .

فاما مسالة الكتاب فصورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيصيب البادىء منهما تسعة من تسعة عشر ويصيب الآخر ثمانية من تسعة عشر ثم يرمى البادىء منهما سهما آخر يستكمل به العشرين فيصيب فيصير به ناضلا ، ويمنع الآخر من رمى السهم الآخر الذى رماه الثــانى لأنه لا يستفيد به نضالا ولا مساواة ، لأن الثانى له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان . ولو رمى فأصابه بقيت عليه إصابة يكون بها منضولا فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد . فلذلك منع منه . ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى البادى وأصاب كان للمبْتدِىءِ أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافىء .

فأما المزنى فظن أن الشافعى منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباقى فى هذه المسألة فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه فى المسألة المتقدمة للتعليل المذكور .

فــــرع قال الشافعى رضى الله عنــه : وإن اشــترطا محاطة فكل ما أصاب أحدهما وأصاب الآخر مثله أسقطا العــددين ولا شىء لواحــد منهما ويستأنفان . وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذى شرطه فينضله به .

فـــرع قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة . فبدأ الشافعى رضى الله عنــه بذكر المحاطة فى الأم وإن جعلهــا المصنف هنا بعد المبادرة ، لأن الغالب من النضال فى زمانه كان محاطة والغالب فى بلد الشيخ أبى إسحاق كان المبادرة ، وقد قيل إن الشافعى كان رامياً يصيب من العشرة ثمانية فى الغالب ، وهى عادة حذاق الرماة .

فإذا عقدا سبق النضال على إصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب أن يحط أقل الإصابتين من أكثرهما وينظر فى الباقى بعد الحط ، فإن كان خمسة فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلا . وإن كان الباقى أقل من خمسه لم ينضل ، وإن كان أكثر إصابة لنقصانه من العدد المشروط ، وإذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد الرمى من أحد أمرين : إما أن يتساويا فى الإصابة أو يتفاضلا ، فإن تساويا فى الإصابة فأصاب كل واحد منهما عشراً عشراً أو خمساً خمساً قال الشافعى : فلا شىء لواحد منهما ويستأنفان .

فاختلف أصحابنا فى قوله ويستأنفان على وجهين حكاهما أبو على ابن أبى هريرة :

(أحدهما) يستأنفان الرمى بالعقد الأول ، لأن عقد المحاطة ما أوجب حط الأقل من الأكثر وليس مع التساوى عقد حط ، فخرج من عقد المحاطة . فلذلك استأنفا الرمى ليصير ما يستأنفانه من عقود المحاطة .

(والوجه الثانى) أنه أراد بها يستأنفان عقداً مستجداً إن أحبا،لأن العقد الواحد لا يلزم فيه إعادة الرمى مع التكافؤ ، كما لا يلزم فى الخيل إعادة الجرى مع التكافؤ . قال الماوردى : والذى أراه وهو عندى الأصح أن ينظر ــ فإن تساويا فى الإصابة قبل الرشق استأنفا الرمى بالعقد الأول ، وإن تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفاه بعقد مستجد إن أحبا لأنها قبل استكمال الرشق فى بقايا أحكام العقد . وبعد استكماله قد نقضت جميع أحكامه ، فإن تفاضلا فى الإصابة لم يخل تفاضلهما فيها من أقسام ثلاثة :

١ ــ أن يفضل ولا ينضل بما فضل ، وهو أن يشترطا إصابة خمسة من عشرين محاطة فيصيب أحدهما عشرة أسهم ويصيب الآخر ستة أسهم ، فتحط الستة من العشرة يكون الباقى منها أربعة فلا ينضل ، لأن شرط الإصابة خمسة وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر وأصاب الآخر

أحد عشرة لم ينضل الفاضل لأن الباقي له بعد الحط أربعة ، ثم على هـذا الاعتبار إن كان الباقي أقل من خمسة .

٢ ــ أن ينضل بما فضل بعد استيفاء الرشق . وهو أن يصيب أحدهما خمسة عشر من عشرين ، ويصيب الآخر عشرة من عشرين فينضل الفاضل لأنك إذا أسقطت من إصابته عشرة كان الباقي بعدها خمسة ، وهو عدد النضل . وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة وأصاب الآخر خمسة كان الفاضل ناضلا ، لأنك إذا أسقطت الخمسة من إصابته كان الباقي بعدها خمسة ، وهو عدد الإصابات . وهكذا لو كان الباقي بعد الحط أكثر من خمسة ، ثم على هذا الاعتبار .

٣ ــ أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشر ، ويصيب الآخر خمسة من خمسة عشر ويكون الباقي من الأكثر من خمسة ، وهو عدد النضل ، فهل يستقر النضال بهذا قبل استيفاء الرشق أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يستقر النضل ويسقط باقي الرشق ، لأن المقصود معرفة الأحذق وقد عرف .

(والوجه الثاني) وهو الأظهر ، أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا بقية الرشق ، لأن العقد قد تضمنها ، وقد يجوز أن يصيب المفضول جميعها أو أكثرها ويخطيء الفاضل جميعها أو أكثرها . وعلى هذا يكون التفريع فإذا رميا بقية الرشق وهو الخمسة الباقية ــ فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها فقد استويا ولم ينضل واحد منهما ، لأن إصابة كل واحد منهما عشرة ، وإن أصاب الفاضل وأخطأ المفضول جميعها استقر فضل الفاضل لأنه أصاب خمسة وعشرين ، وأصاب المفضول خمسة من عشرين فكان الباقي بعد الحط عشرة ، هي أكثر من شرطه ، فلو أصاب الفاضل من الخمسة الباقية سهماً وأصاب المفضول سهمين لم ينضل الناضل لأن عدد إصابته أحد عشرة سهماً وعدد إصابة المفضول سبعة إذا حطت من تلك الإصابة كان الباقي أربعة والشرط أن تكون خمسة ، ولذلك لم ينضل وإن فضل .

فلو أصاب الناضل سهمين والمنضول سهمين صار الفاضل ناضلا ، لأنه أصاب اثنى عشرة وأصاب المنضول سبعة يبقى للناضل بعد الحط خمسة ، ولو أصاب أحدهما سبعة من عشرة وأصاب الآخر سهمين من عشرة فإذا رميا بقية السهام فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها صار الأول ناضلا والثانى منضولا ، لأن الأول له سبعة والثانى له اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسة ، ولو أصاب الأول جميعها وأصاب الثانى جميعها كان الأول ناضلا لأن إصابته سبعة عشر وإصابة الثانى أثنا عشر ، فإن أخطأ الأول فى سهم من بقية الرشق لم يفضل ولم ينضل ، ولو أصاب اثنى عشر من خمسة عشر وأصاب الآخر سهمين من خمسة عشر استقر النضل وسقط بقية الرشق وجهاً واحداً ، لأن المنضول لو أصاب جميع الخمسة الباقية من الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولا لأن الباقى للفاضل بعد حطها خمسة فلم يستفد ببقية الرمى أن يدفع عن نفسه النضل فسقط ، ثم على هذا الاعتبار .

فـــرع قول المصنف وإن كان العقد على حوابى . فإن الحوابى نوع من أنواع الرمى وهم فيه أبو حامد الاسفراييني فجعله صفة من صفات السهم وسماه حوابى باثبات الياء فيه وحذفهـا وأنه الســهم الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه حتى ينضل به مأخوذا من حبو الصبى . وهــذا نوع من الرمى المزدلف يفرقان فى الاسم لأن المزدلف أحــدٌ والحوابى أضعف ويستويان فى الحكم على ما سيأتى ، والذى قاله سائر أصحابنا أن الحوابى نوع من الرمى ، وأن أنواع الرمى ثلاثة : المحاطة والمبادرة والحوابى وقد ذكرنا المحاطه والمبادرة .

فأما الحواب فهو أن يحتسب بالإصابة فى الشن ، وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب به ثم أصاب الآخر الهدف فتر من الشن احتسب به وأسقط إصابة الشبر لأنها أبعد ، ولو أصاب أحدهما خارج الشن واحتسب به وأصاب الآخر فى الشن احتسب به وأسقط إصابة خارج الشن ، ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به وأصاب الآخر الدارة التى فى الشن فاحتسب به وأصاب الآخــر العظــم الذى فى دارة الشــن احتسب

وأسقط إصابة الدارة فيكون كل قريب مسقطا لما هو أبعد منه ، فهذا نوع من الرمى ذكره الشافعي فى كتاب الأم وذكر مذاهب الرماة فيه وفرع عليه ، ولم يذكره المزنى إما لاختصاره ، وإما لأنه غير موافق لرأيه لضيقه وكثرة خطره لأنه يثبت الإصابة بعد إثباتها ، والمذهب ـ كما ذكر المصنف ـ جوازه لأمرين .

(أحدهما) أنه نوع معهود فى الرمى فأشبه المحاطة والمبادرة .

(والثانى) أنه أبعث على التمرن على الحذق ، والتمرس بمعاطاة الدقة فى التصويب والتسديد فصح ، فإذا كان كذلك فى جواز النضال على إصابة الجواب وكان عقدهما على إصابة خمسة من عشرين فلها إذا تناضلا ثلاثة أحوال .

١ ــ أن يقصرا عن عدد الإصابة .

٢ ــ أن يستوفيا عدد الإصابة .

٣ ــ أن يستوفيها أحدهما ويقصر الآخر عنها .

فأما الأول كأن يصيب كل منهما أقل من خمسة فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الإصابة من العدد المشروط من غير أن يكون فيها ناضل أو منضول ولا اعتبار بالقرب والبعد مع نقصان العدد . وأما الثانية من استيفائهما معاً عدد الإصابة فيصيب كل منهما خمسة فصاعداً ، فيعتبر حينئذ حال القرب والبعد ، فإنهما لا يخلو أمرهما من :

(ا) أن تكون الإصابات فى الهدف ، وقد تساوت فى القرب من الشن ، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض فقد تكافئا : وليس فيهما ناضل ولا منضول وهكذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقى سهامه وتساوى السهمان المتقدمان فى القرب من الشن كانا سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ، فإن تقدم لأحدهما سهم وللآخر سهمان وتساوت السهام الثلاث فى قربها من الشن ففيه وجهان .

أحدهما : أن المتقرب بسهمين ناضل للمتقرب بسهم لفضله فى العدد .
والثانى أنهما سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ؛ لأن النضال الحواب موضوع على القرب دون زيادة العدد .

(ب) أن تكون سهام أحدهما قرب إلى الشن من سهام الآخر ، فأقربهما إلى الشن هو الناضل ، وأبعدهما من الشن هو المنضول ، وهكذا لو تقدم لأحدهما سهم واحد فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الآخر أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وكان هو الناضل بسهمه الأقرب .

(جـ) أن تكون سهام أحدهما فى الهدف وسهام الآخر فى الشن فيكون المصيب فى الشن هو الناضل والمصيب فى الهدف منضول .

وهكذا لو كان لأحدهما سهم واحد فى الشن وجميع سهام الآخر خارج الشن كان المصيب فى الشن هو الناضل بسهمه الواحد ، وقد أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه .

(د) أن تكون سهامهما جميعاً صائبة فى الشن ، ولكن سهام أحدهما أو بعضها فى الدارة وسهام الآخر خارج الدارة وإن كانا جميعاً فى الشن ففيه وجهان :

(أحدهما) وقد حكاه الشافعى عن بعض الرماة أن المصيب فى الدارة ناضل والمصيب خارج الدارة منضول قطب الإصابة .

(والوجه الثانى) وإليه أشار الشافعى فى اختياره أنهما سواء وليس منهما ناضل ولا منضول ، لأن جميع الشن محل الإصابة .

(وأما الحال الثالثة) وهو أن يستوفى أحدهما إصابة الخسق ويقصر الآخر عنها فهذا على ضربين : أحدهما : أن يكون مستوفى الإصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساويا صاحبه ، فيكون ناضلا والمقصر منضولا .

والثانى : أن يكون المقصر فى الإصابة أقرب سهاماً من المستوفى لها ، فليس فيهما ناضل ولا منضول ، لأن المستوفى قد سقطت سهامه ببعدها ، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان النضال بين حزبين جاز . وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة أنه قال : لا يجوز ، لانه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره ، والمذهب الاول لما رويناه فى أول الكتاب مـن حديث سـلمة بن الاكوع ، وينصب كل واحد من الحزبين زعيما يتوكل لهم فى العقد ، ولا يجوز ان يكون زعيم الحزبين واحداً ، كما لا يجوز ان يكون وكيل المشترى والبائع واحداً ، ولا يجوز الا على حزبين متساويى العدد لأن القصد معرفة الحذق ، فاذا تفاضلا فى العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحذق وجودة الرمى ، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا فى نضال الاثنين ، ولا يجـوز أن يتعينوا الا بالاختيار ، فان اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجـز ، لأنه ربما أخرجت القرعة الحذاق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخـر ، فان عدل بين الحزبين فى القوة والضعف بالاختيار ، ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز ، لانه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع .

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم ، فان كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين ، وان كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين ، لأنه اذا لم يفعل ذلك بقى سهم ولا يمكن اشتراك جماعة فى سهم واحد ، فان خرج فى أحد الحزبين من لا يحسن الرمى بطل العقد فيه ، لانه ليس بمحل فى العقـد وسقط من الحزب الآخر بازائه واحد ، كما اذا بطل البيـع فى أحـد العبدين سقط ما فى مقابلته من الثمن وهل يبطل العقد فى الباقى من الحزبين ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة .

فان قلنا : لا يبطل فى الباقى ثبت للحزبين الخيار فى فسخ العقد ، لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم ، فان اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج فى مقابلته من الحزب الآخر فسخ العقد ، لانه تعذر امضاؤه على مقتضاه ففسخ . ومن أصحابنا من قال : يبطل فى التجميع قولا واحداً ، لأن من فى مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين)) ولا سبيل الى تعيينه بالقرعة ، فبطل

فى الجميع . فان نضل احد الحزبين الآخر ففى قسمة المال بين الناضلين وجهان :

(أحدهما) قسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية ، فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب استحق .

(والثانى) تقسم بينهم على قدر اصاباتهم لأنهم استحقوا بالاصابة فاختلف باختلاف الاصابة ، ويخالف ما لزم المنضولين ، فان ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمى ، فاعتبر بقدر الاصابة ، فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً ، وبالله التوفيق) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : إذا اقتسموا ثلاثة وثلاثة فلا يجوز أن يقترعوا وليقسموا قسما معروفا . قلت : إذا صح هذا فالنضال ضربان : أفراد وأحزاب ، فأما نضال الأفراد فقد مضى فى فصول الكتاب . وأما نضال الأحزاب فهو أن يناضل حزبان يدخل فى كل واحد منهما جماعة يتقدم عليهم أحدهم فيعقد النضال على جميعهم فهذا يصح على شروطه ، وهو منصوص الشافعى وعليه جماعة أصحابه وجمهورهم .

وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة أنه لا يصح لأن كل واحد يأخذ بفعل غيره وهذا فاسد لأنهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحداً فاشتركوا فى موجبه لاشتراكهم فى فعله مع ورود السنة عن النبى صلى الله عليه وسلم برواية أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم يرمون فقال : ارموا وأنا مع بنى الأذرع ، فأمسك القوم قسيهم وقالوا : يا رسول الله من كنت معه غلب ، فقال : ارموا وأنا معكم كلكم فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين ولأن مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب والجهاد ، وهو بالأحزاب والمجموعات أشد تحريضاً وأكثر اجتهاداً وأدعى إلى التنسيق بين أفراد الجماعة وربطهم بالنظام والقيادة ، وتلك لعمر الله أعظم أسباب النصر فى الجهاد .

فإذا ثبت جوازه فى الحزبين بجوازه بين الاثنين فلصحته خمسة شروط :

(أحدها) أن يتساوى عدد الحزبين ، ولا يفضل أحدهما على الآخر فيكونون ثلاثة وثلاثة ، أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر ، فإن فضل أحدهما على الآخر برجل بطل العقد لأن مقصوده معرفة أحذق الحزبين ، فإذا تفاضلوا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمى .

(الثانى) أن يكون العقد عليهم بإذنهم ، فإن لم يأذنوا فيه لم يصح ، لأنه عقد معاوضة متردد بين الإجارة والجعالة ، وكل واحد منهما لا يصح إلا بإذن واختيار فإن عقد عليهم من لم يستأذنهم بطل (والثالث) أن يعينوا على متولى العقد منهم فيكون فيه متقدماً عليهم ونائباً عنهم ، فإن لم يعينوا واحداً منهم لم يصح العقد عليهم لأنه توكيل فلم يصح إلا بالتعيين ، ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم و أطوعهم ، لأن صفة الزعيم فى العرف أن يكون متقدماً فى الصناعة ، مطاعاً فى الجماعة ، فإن تقدموه فى الرمى وأطاعوه فى الاتباع جاز ، وإن تقدمهم فى الرمى ولم يطيعوه فى الاتباع لم يجز ، لأن أهم خصائص الزعيم أن يكون مطاعاً ، فإذا أمر ولم يتبعه أحد فلا يجوز العقد عليه .

(والرابع) أن يكون زعيم كل واحد من الحزبين غير زعيم الحزب الآخر لتصح نيابته عنهم فى العقد عليهم مع الحزب الآخر ، فإن كان زعيم الحزبين واحداً لم يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل فى العقد بائعاً ومشترياً .

(وللشرط الخامس) وهو مسألة الكتاب أن يتعين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومراضاة ، فإن عقده الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون فى كل حزب لم يصح ، مثال ذلك : أن يكون الحزبان ثلاثة وثلاثة ، فيقول الزعيمان : نقترع عليهم فمن خرجت قرعتى عليه كان معى ، ومن خرجت قرعتك عليه كان معك : فهذا لا يصح لأمرين :

(أحدهما) أنهم أصل فى عقد فلم يصح عقده على القرعة كابتياع أحد العينين بالقرعة .

(والثانى) أنه ربما أخرجت القرعة حذاقهم لأحد الحزبين ، وضعفاءهم للحزب الآخر ، فخرج عن مقصود التحريض فى التناضل ، فإن عدلوا بين الحزبين فى الحذق والضعف قبل العقد على أن يقترع الزعيمان على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصح التعليل الأول من كونهم فى العقد أصلا دون التعليل الثانى من اجتماع الحذاق فى أحد الحزبين ، لأنهم قد رفعـــوه بالتعديل ، فاذا ثبت تعينهم قبل العقد بغير قرعة تعينوا فيه بأحد أمرين . إما بالإشارة إليهم إذا حضروا ، وإن لم يعرفوا ، وإما بأسمائهم اذا عرفوا ، فان تنازعوا عند الاختيار قبل العقد فعدلوا الى القرعة فى التقدم بالاختيار جاز لأنهما قرعة فى الاختيار وليست بقرعة فى العقد ، فإذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحداً ثم اختار الزعيم الثانى واحداً ، ثم دعا الزعيم الأول فاختار ثانياً واختار الزعيم الثانى ثانياً ، ثم عاد الأول فاختار ثالثا ، وأخـذ الآخر الثالث الباقى ، ولم يجز أن يختار الأول الثلاثة فى حال واحدة لأنه لا يختار إلا الأحذق ، فيجمع الحذاق فى حزب والضعفاء فىحزب فيعـدم مقصود التناضل من التحريض .

فـــرع فإذا تكاملت الشروط الخمسة فى عقد النضال بين الحزبين لم يخل حالهم فى مال السبق من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يخرجها أحد الحزبين دون الآخر ، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب بإخراجه أو اشتركوا فيه ، ويكون الحزب المخرج للسبق معطيا إن كان منضولا وغير آخذ إن كان ناضلا ، ويكون الحزب الآخر آخذاً إن كان ناضلا وغير معط إن كان منضولا ، وهذا يغنى عن المحلل لأنه محلل .

(والقسم الثانى) أن يكون الحزبان مخرجين ، ويختص بإخراج المال زعيم الحزبين فهذا يصح ويغنى عن محلل ، لأن مدخل المحلل ليأخذ ولا يعطى ، ورجال كل حزب يأخذون ولا يعطون ، فإذا نضل أحد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه ، وقسم مال الحزب المنضول بين أصحابه ، فإن كان الزعيم رامياً معهم شاركهم فى مال السبق ، وإن لم يرم معهم فلا حق له فيـه ، لأنه لا يجوز أن يتملك مال النضال من لم يناضل ، وصار معهـم كالأمين

والشاهد ، فإن رضخوا له بشيء منه عن طيب أنفسهم جاز وكان تطوعا ، فإن شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط ولم يبطل به العقد لأنه ليس بينه وبين أصحابه عقد يبطل بفساد شرطه ، وإنما العد بين الحزبين وليس لهذا الشرط تأثير فيه .

(والقسم الثالث) أن يخرجا المال ويشترك أهل كل حزب فى إخراجه ، فهذا لا يصح حتى يدخل بين الحزبين حزب ثالث يكون محللا يكافىء كل حزب فى العدد والرمى يأخذ ولا يعطى كما يعتبر فى إخراج المتناضلين المال أن يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطى . فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفنا اشتمل الكلام بعد تمامه بالمال المسمى فيه على ثلاث مسائل :

(إحداها) فى حكم المال المخرج فى كل حزب ، ولهم فيه حالتان :

(إحداهما) أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم فيشتركوا فى التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه لاستوائهم فى التزامه ، فإن كان زعيمهم رامياً معهم دخل فى التزامه كأحدهم كما يدخل فى الأخذ معهم ، فإن لم يكن رامياً لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم .

(والثانية) أن يسموا قسط كل واحد منهم فى التزام مال السبق فهو على ضربين أن يتساوى فى التسمية فيصح ، لأنه موافق لحكم الإطلاق (والضرب الثانى) أن يتفاضلوا فيه ، ففى جوازه وجهان : (أحدهما) لا يجوز لتساويهم فى العقد فوجب أن يتساووا فى الالتزام .

(والثانى) يجوز لأنه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد فاعتبر فيه التراضى فإن شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطاً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فبطل ولا يؤثر بطلانه فى العقد لأنه ليس فيما بينهم عقد وكانوا متساوين فيه .

(المسألة الثانية) فى حكم نضالهما وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو

عدداً يكون له ثلث صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة ، لأنه ليس له ثلث صحيح .

وإن كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح . ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح ، وهكذا إن كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لأنه إذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب إلا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لأن اشتراكهم فى رمى السهم لا يصح ، فأما عدد الإصابة المشروطة فيجوز ألا ينقسم على عددهم لأن الاعتبار فيها باصابتهم لا باشتراكهم ، فإذا استقر هذا بينهم لزعيم كل حزب بإصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب فى الإصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب ، فإذا جمعت الإصابتان والمشروط فيها إصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الإصابتين من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يكون المجموع من إصابة كل حزب خمسين فصاعداً ، فليس فيهما منضول ، وإن تفاضلا فى النقصان من الخمسين .

(والحال الثانية) أن مجموع إصابة كل منهما أقل من خمسين ، فليس فيهما منضول لتساويهما فى النقصان .

(والحال الثالثة) أن يكون مجموع إصابة أحدهما فصاعداً ، ومجموع إصابة الآخر أقل من خمسين فمستكمل الخمسين هو الناضل ، وإن كان أحدهم فى الإصابة مقلا فالمقصور عن الخمسين هو المنضول ، وإن كان أحدهم فى الإصابة مكثراً فيصير مقلل الإصابة آخذاً ومكثرها معطياً ، لأن حزب المقلل ناضل وحزب المكثر منضول .

(المسألة الثالثة) فى حكم المال إذا استحقه الحزب الناضل ، فيقسم بين جميعهم وفى قسمته بينهم وجهان :

(أحدهما) أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم فى الإصابة لاشتراكهم فى العقد الذى أوجب تساويهم فيه .

(والوجه الثانى) أنه يقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم بالإصـابة قد استحقوه فلا يكافىء مقل الإصابة مكثرها . وخالف التزام المنضـولين حيث تساووا فيه مع اختلافهم فى الخطأ . لأن الالتزام قبل الرمى فلم يعتبر بالخطأ والاستحقاق بعد الرمى ، فصار معتبراً بالصواب فعلى هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناضل فى جميع سهامه ففى خروجه من الاستحقاق وجهان :

(أحدهما) يستحق معهم وإن لم يصب إذا قيـل بالوجه الأول : إنه مقسوم بينهم بالسوية لا على قدر الإصابة .

(والوجه الثانى) أنه يخرج بالخطأ من الاستحقاق ويقسم بين من عداه إذا قيل بالوجه الثانى إنه مقسوم بينهم على قدر الإصابة ويقابل هذا أن يكون فى الحزب المنضول من أصاب بجميع سهامه . ففى خروجه من التزام المال وجهان :

(أحدهما) يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطىء من استحقاقه .

(والوجه الثانى) لا يخرج من الالتزام ويكون فيه أسوة من أخطـأ إذا قيل بدخول المخطىء فى الاستحقاق ، وأنه فيه أسوة من أصاب . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب بيان الاصابة والخطأ فى الرمى

اذا عقد على اصابة الفرض فاصاب الشن او الجريد الذى يشد فيه الشن ، او العرى وهو السير الذى يشد به الشن على الجريد ، حسب له . لأن ذلك كله من الفرض ، وان أصاب العلاقة ففيه قولان :

(أحدهما) يحسب له ، لأنه من جملة الفرض ، الا ترى أنه اذا مد امتد معه فأشبه العرى .

(والثانى) لا يحسب لأن العلاقة ما يعلق به الفرض . فأما الفرض فهو الشن وما يحيط به ، وان شرط اصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فاصاب غيرهما لم يحسب له . لأنه لم يصب الخاصرة .

وان شرط اصابة الشن فاصاب العروة ـ وهو السير او العلاقة ـ لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن ، فان أصاب سهماً فى الفرض ـ فان كان السهم متعلقاً بنصله وباقيه خارج الفرض ـ لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الفرض طول السهم ، ولا يدرى لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الفرض أم لا يصيب ؟ وان كان السهم قد غرق فى الفرض الى فوقه حسب له ، لأن العقد على اصابة الفرض ، ومعلوم انه لو لم يكن هذا لكان يصيب الفرض . فان خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الفرض الى موضع آخر فاصاب السهم موضعه حسب له وان أصاب الفرض فى الموضع الذى انتقل اليه حسب عليه فى الخطأ لأنه اخطأ فى الرمى ، وانما أصاب بفعل الريح لا بفعله .

وان رمى وفى الجو ريح ضعيفة فارسل السهم مفارقا للفرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الفرض ، أو كانت الريح خلفه فنزع نزعا قريبا ليصيب مع معاونة الريح فاصاب حسب له . لأنه أصاب بفراهته وحذقه ، وان أخطأ حسب عليه ، لأنه أخطأ بسوء رميه ، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له ، فاذا اخطأ معها حسب عليه .

وان كانت الريح قوية لا حيلة فيها لم يحسب له اذا أصاب ، لأنه لم يصب

بحسن رميه ، ولا يحسب عليه اذا اخطأ لأنه لم يخطىء بسوء رميه ، وانما أخطأ بالرمى فى غير وقتــه ، وان رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه ، لأنه لم يخطىء بسوء رميه ، وانما أخطأ بعارض الريح . وان أصاب فقد قال بعض أصحابنا : فيه وجهان بناء على القولين فى اصابة السهم المزدلف ، وعندى انه لا يحسب له قولا واحداً لأن المزدلف انما اصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه، وان رمى سهماً فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمى وأردئه .

فصــل وان انكسر القوس او انقطع الوتر ، أو أصــابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له ، لأن أصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه ، فان أخطأ لم يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه لم يخطىء بسوء رميه وانما أخطأ بعارض. وان أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر ـ نظرت ، فان أصاب ـ حسب له لأن اصابته مع الاغراق أدل على حذقه ، وان أخطأ لم يحسب عليه . ومن أصحابنا من قال : يحسب عليه فى الخطأ لأنه أخطأ فى مد القوس ، والمنصوص هو الأول ، لأن الاغراق ليس من سوء الرمى ، وانما هو لمعنى قبل الرمى فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس ، وان انكسر السهم بعد خروجه من القوس ، وسقط دون الغرض لم يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه انما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمى ، وان أصاب بما فيه النصل حسب له ، لأن اصابته مع فساد الآلة ادل على حذقه ، وان أصــابه بالموضــع الآخــر ، لم يحسب له لأنه لم يصب ، ولم يحسب عليه لأن خطأه لفساد الآلة لا لسوء الرمى .

فصــل وان عرض دون الغرض عارض من انسان او بهيمة ـ نظرت فان رد السهم ولم يصل ـ لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لســوء الرمى وان نفذ السهم واصاب حسب له ، لأن اصابته مع العارض أدل على حذقه . وحكى أن الكسعى كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظبياً فأنفذه ، وخرج السهم فأصاب حجراً وقدح فيه ناراً ، فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع ابهامه ، فلما أصبح رأى الظبى صريعاً قد نفذ فيه ســهمه فندم فضربت به العرب مثلا وقال الشاعر :

ندمت ندامــة الكســعى لما   رأت عيناه ما صنعت يداه

وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق انه يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه أخطـأ بسوء الرمى لا للعارض ، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض ، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه فى الخطأ .

(والثانى) أنه لا يحسب عليه لان العارض قد يشوش الرمى فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه . وان رمى السهم فاصاب الأرض وازدلف فاصاب الغرض ففيه قولان :

(أحدهما) يحسب لأنه اصاب الفرض بالنزعة التى أرسلها وما عرض دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب ، كما لو عرض دونه شيء فهتكه وأصاب الفرض .

(والثانى) لا يحسب له ، لأن السهم خرج عن الرمى الى غير الفرض وانما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها الى الفرض ، فلم يحسب له . وان ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان :

(أحدهما) يحسب عليه فى الخطا لأنه انما ازدلف بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه .

(والثانى) لا يحسب عليه لأن الارض تشوش السهم وتزيله عن سننه ، فاذا أخطأ لم يكن من سوء رميه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أغرق أحدهما فأخرج السهم من يده ولم يبلغ الغرض كان له أن يعود من قبل العارض .

فأما إغراق السهم فهو أن يزيد فى مد القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المعهود إلى جانب الآخر ، فإن من أجناس القسى والسهام ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامى جارياً على إبهامه فيكون إغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد إلى يساره جارياً على سبابته ؛ ومنها ما يكون مخرجه على يسار الرامى جارياً على سبابته فيكون إغراقه أن يخرج على يمينه جارياً على إبهامه ، فإذا أغرق السهم قال الشافعى : لم يكن إغراقه من سوء الرمى وإنما هو لعارض فلا يحتسب عليه إن أخطأ به ؛ وفيه عندى نظر ، لأنه إذا لم يمد القوس بحسب الحاجة حتى زاد فيه فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمى أشبه ، فإذا أخطأ بالسهم المغرق لم يحتسب عليه على مذهب الشافعى ، وإن أصاب به احتسب له لأن الإصابة به مع المحلل أدل على حذق الرامى من الإصابة مع الاستقامة .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو أرسله مفارقا للشن فهبت ريح فصرفته إليه ، أو مقصراً فأسرعت به فأصاب حسب مصيباً ولا حكم للريح اهـ .

إننا نعلم أن للريح تأثيراً فى تغيير مجرى السهم عن جهته ، وحذاق الرماة يعرفون مخرج السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطىء ؟ فإذا خرج السهم فغيرته الريح فهو على ضربين :

(أحدهما) أن يخرج مفارقا للشن فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون مقصراً عن الهدف فتهبته الريح حتى أصاب فتعتبر حال الريح ، فإن كانت ضعيفة كان محسوباً فى الإصابة لأننا على يقين من تأثير الرمى وفى شك من تأثير الريح ، وإن كانت الريح قوية نظر ، فإن كانت موجودة عند الإرسال كان محسوباً فى الإصابة لأنه قد اجتهد فى التحرز من تأثير الريح وحسب حسابها بتحريف سهمه فأصاب باجتهاده ورميه ، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم ففى الاحتساب به وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه فى الاحتساب بإضافة المزدلف . أحدهما : يحتسب به مصيبا إذا احتسبت إصابة المزدلف . والوجه الثانى : لا يحتسب مصيبا ولا مخطئاً ، إذا لم يحتسب بإصابة المزدلف .

(والضرب الثانى) أن يخرج السهم موافقاً للهدف فتعدل به الريح حتى يخرج عن الهدف فيعتبر حال الريح ، فإن كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس ألغى السهم ولم يحتسب به فى الخطأ ، لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن ، فلم ينسب إلى سوء الرمى ، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر فيها فإن كانت قوية لم يحتسب به فى الخطأ لأنه أخطأ فى اجتهاده الذى يتحرز به من الريح ، ولم يخطىء فى سوء الرمى .

وإن كانت الريح ضعيفة ففى الاحتساب به فى الخطأ وجهان . أحدهما : يكون خطأ لأننا على يقين من تأثير الرمى وفى شك من تأثير الريح . والثانى :

لا يكون محسوباً فى الخطأ لأن الريح تفسد صنيع المحسن وإن قلت ؛ كما تفسده إذا كثرت فإذا أزالت الريح الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن من ثلاثة أحوال .

١ ـ أن يقع فى غير الشن وفى غير موضعه الذى كان فيه فيحتسب به مخطئاً لأنه وقع فى غير محل الإصابة قبل الريح وبعدها .

٢ ـ أن يقع فى الموضع الذى كان فيه الشن فى الهدف فيحتسب مصيبا لوقوعه فى محل الإصابة .

٣ ـ أن يقع فى الشن بعد زواله عن موضعه ، فهذا على ضربين : أحدهما : أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم فتحتسب به فى الخطأ لوقوعه فى غير محل الإصابة عند خروج السهم . والضرب الثانى : أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه وعلم الرامى بزواله فينظر فى الموضع الذى صار فيه ، فإن كان خارجا من الهدف لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن محل الصواب والخطأ ، وإن كان مماثلا لموضعه من الهدف احتسب به مصيبا ، لأنه قد صار محلا للإصابة ، والله تعالى أعلم .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وكذلك لو انقطع وتره أو انكسر قوسه فلم يبلغ الغرض ، أو عرض دونه دابة أو إنسان فأصابه أو عرض له فى يده مالا يمر السهم معه كان له أن يعود به .

قلت : إذا انقطع وتره أو انكسر قوسه فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحتسب عليه ، لأنه لم يخطىء لسوء رميه ، ولكن لنقص آلته ، ولو أصاب به كان محسوباً من إصابته لأنه أدل على حذقه ، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو إنسان وقع السهم فيه ومنع من وصوله إلى الهدف لم يحتسب عليه وأعيد السهم إليه ، فإن خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل إلى الهدف فأصاب كان محسوبا من إصابته لأنه بالإصابة مع هذا العارض أشد وأرمى ، ويسمى هذا السهم مارقا .

وقد كان الكسعى فى العرب رامياً وقصته كما ساقها المصنف على وجهها ، والكسعى هو محارب بن قيس من كسيعه ، وقيل : هو من بنى محارب من قحطان واسمه عامر بن الحارث ، وقد قال عن نفسه أو قيل بلسان حاله فيما جرت عليه عادة القصاص من تسجيل الأخبار بالشعر على لسان أصحابها :

ندمت ندامة لو أن نفسى   تطاوعنى إذن لقطعت خمسى
تبين لى سفاه الرأى منى   لعمر أبيك حين كسرت قوسى

وهكذا لو عرض للرامى علة فى يده أو أخذته ريح فى يديه ضعف بها عن مد قوسه لم يحتسب عليه إن قصر أو أخطأ ، لأنه لعارض يمنع وليس من سوء رمى أو قلة حذق .

قال الشافعى رضى الله عنه : فأما إن جاز السهم وأجاز من وراء الناس فهذا سوء رمي وليس بعارض غلب عليه فلا يرد إليه . يقال : جاز السهم إذا مر فى أحد جانبى الهدف ويسمى خاصراً وجمعه خواصر ، لأنه فى أحد الجانبين مأخوذ من الخاصرة لأنها فى جانبى الإنسان ، ويقال : أجاز السهم إذا وقع وراء الهدف ، فإذا جاز السهم وسقط فى جانب الهدف أو أجاز فوقع وراء الهدف كان محسوباً من خطئه ، لأنه منسوب إلى سوء رميه ، وليس بمنسوب إلى عارض فى يديه أو إليه .

وقال أبو على بن أبى هريرة : الجائز أن يقع فى الهدف عن أحد جانبى الشن فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة فى الشن كان الجائز مخطئاً ، وإن كانت مشروطة فى الهدف كان الجائز مصيبا ، ويجوز أن يشترطا أن تكون إصابة سهامهما جائزة فيحتسب بالجائز ولا يحتسب بغير الجائز . قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كان الشن منصوباً فمرق منه كان عندى خاسقا . ومن الرماة من لا يحتسبه إذا لم يثبت فيه .

أما السهم المارق فهو أن ينفذ فى الشن وهو منصوب فوق الهدف ويخرج منه فيقع وراء الهدف فيحتسب به فى القارع ، فأما الخاسق ففى

الاحتساب به قولان أحدهما : وهو منصوص الشافعي أنه يحتسب به خاسقا اعتباراً بالمعنى وأنه زائد على الخسق فيؤخذ فيه معنى الخسق . والقول الثاني حكاه الشافعي عن بعض الرماة أنه لا يحتسب به خاسقا اعتباراً بالاسم لأنه يسمى مارقا ولا يسمى خاسقا ، فمن أصحابنا من أثبت هذا القول الشافعي ، ومنهم من نفاه عنه ، لأنه أضافه إلى غيره ولا يكون مخطئاً ، وإن لم يحتسب خاسقا لا يختلف فيه أصحابنا .

وأما السهم المزدلف فهو أن يقع على الأرض ثم يزدلف منها بحمولته وحدته فيصير في الهدف ، ففي الاحتساب به مصيبا قولان . أحدهما : يحتسب به مصيبا لأنه بحدة الرمي أصاب . والقول الثاني : ليس بمصيب لخروجه من الرامي إلى غير الهدف ، وإنما أعادته الأرض حين ازدلف عنها في الهدف .

قال أبو إسحاق المروزي : ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قولين ، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقاة الأرض ، فإن ضعفت حموته بعد ازدلافه ولانت كان محسوبا في الإصابة ، وإن قويت وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيبا ، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه ، لأن مروق السهم من فعل الرامي ، وازدلافه من تأثير الأرض . فعلى هذا في الاحتساب به مخطئاً إذا لم يحتسب به مصيبا وجهان . أحدهما : يكون مخطئاً لأنه من سوء الرمي . والثاني : لا يكون مخطئا ما أصاب ويسقط الاعتداد به مصيباً ومخطئاً ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان العقد على اصابة موصوفة ـ نظرت ، فان كان على القرع فاصاب الفرض وخزق او خسق او مرق ـ حسب له لان الشرط هو الاصابة ، وقد حصل ذلك في هذه الانواع .

فصل وان كان الشرط هو الخسق ـ نظرت ، فان اصاب الفرض

وثبت فيه ثم سقط ـ حسب له لأن الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك ، كما لو ثبت ثم نزعه انسان ، فان ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يحسب له ، لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك ، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه .

(والثانى) وهو الصحيح : أنه لا يحسب له لأن الأصل عدم الخسق ، وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له ، وان كان الفرض ملصقا بالهدف فاصابه السهم ولم يثبت فيه ، فقال الرامى : قد خسق الا أنه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة . وقال رسيله : لم يخسق ـ نظرت ، فان لم يعلم موضع الاصابة من الفرض ـ فالقول قول الرسيل ، لأن الأصل عدم الخسق ، وهل يحلف ؟ ينظر فيه ـ فان فتش الفرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته ـ لم يحلف ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وان كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف ، لأن ما يدعيه الرامى ممكن .

وان علم موضع الاصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وان كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان :

(حدهما) أن القول قول الرامى ، لأن المانع شهد له .

(والثانى) ان القول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق ، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقا ، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه ، فلا يحكم له بالخسق بالشك ، وان كان فى الشن خرق أو موضع بال فوقع فيه السهم وثبت فى الهدف ـ نظرت ، فان كان الموضع الذى ثبت فيه فى صلابة الشن ـ اعتد به ، لأنا نعلم أنه لو كان الشن صحيحا لثبت فيه ، وان كان دون الشن فى الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه ، لأنا لا نعلم أنه لو كان صحيحا هل كان يثبت فيه أم لا ؟ فيرد اليه السهم حتى يرميه .

وان خرمه وثبت ففيه قولان :

(احدهما) يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت .

(والثانى) لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم فى جميع الشن ولم يوجد ذلك ، فان مرق السهم فقد قال الشافعى رحمه الله : هو عندى

خاسق . ومن الرماة من لا يحتسبه ، فمن أصحابنا من قال : يحتسب له قولا واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له ، لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة ، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب ، فكذلك اذا مرق والشرط الخسق .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يحسب له لما ذكرناه .

(والثاني) لا يحسب له لأن الخسق ان يثبت ، وما ثبت ، ولان فى الخسق زيادة حذق وصنعة ، من نزع القوس بمقدار الخسق ، والتعليل الأول اصح ، لأن هذا يبطل به اذا مرق ، والشرط القرع ، وان أصاب الشن ومرق ، وثبت فى الهدف ، ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن فى الصلابة ، فقال الرامي : هذا الجلد قطعه سهمي بقوته ، وقال الرسيل : بل كان فى الشن ثقبة وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل فحصلت فى السهم فالقول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق .

فصل اذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد ، لأن المقصود معرفة حذقه ، وقد فات ذلك ، فبطل العقد كما لو هلك المبيع ، وان رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد ، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر ، وان أراد أن يفسخ ــ فان قلنا : انه كالجعالة ــ كان حكمه قد فسخ من غير عذر ، وقد بيناه فى أول الكتاب ، وان قلنا انه كالاجارة جاز أن يفسخ ، لأنه تأخر المعقود عليه فملك الفسخ كما يملك فى الاجارة ، وان أراد أحدهما ان يؤخر الرمي للدعة ــ فان قلنا انه كالاجارة ــ أجبر عليه كما أجبر فى الاجارة ، وان قلنا انه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر فى الجعالة) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو تشارطا المصيب ، فمن الشن ولم يخرق حسب له لأنه مصيب .

قلت : فإذا تشارطا الإصابة احتسب كل مصيب من قارع وخارق وخاسق ، لأن جميعها مصيب . وهكذا لو تشارطا الإصابة قرعا احتسب بالقارع وبالمارق وبالخاسق لأنه زيادة على القرع . ولو تشارطا الخواصر احتسب بكل مصيب لأن إصابة الخواصر مشتمل على كل مصيب من قارع

وخارق وخاسق . فأما الخواصر فهو ما أصاب جانب الشن ، فإن شرطا فى الرمى لم يحتسب إلا به ، وإن لم يشترطاه احتسب به مع كل مصيب فى الشن إذا كانت الإصابة مشروطة فى الشن .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لو تشارطا الخواسق والشن ملصق بالهدف فأصاب ثم رجع فزعم الرامى أنه خسق ثم رجع لغلظ لقيه من حصاة أو غيرها وزعم المصاب عليه أنه لم يخسق ، وإنما قرع ثم رجع فالقول قوله مع يمينه إلا أن تقوم بينة فيؤخذ بها .

واشتراط الخسق إنما يكون فى إصابة الشن دون الهدف ، وقد ذكرنا أن الشن وهو جلد ينصب فى الهدف تمد أطرافه بأوتار أو خيوط تشد فى أوتاد منصوبة فى الهدف المبنى ، وربما كان ملصقاً بحائط الهدف ، وربما كان بعيداً منه بنحو من شبر أو ذراع ، وهو أبعد ما ينصب ، وخسق الشن إذا كان بعيداً من الهدف أوضح منه إذا كان ملصقاً به .

فإذا رمى والشن ملصق بالهدف فأصاب الشن ثم سقط بالإصابة خسق فزعم الرامى أنها خسق ، ولقى غليظاً فى الهدف من حصاة أو نواة فرجع وهو خاسق ، وزعم المرمى عليه أنه قرع فسقط ولم يخسق فلهما ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم صدق الرامى فى قوله بغير يمين ، لأن الحال شاهدة بصدقه .

(والحال الثانية) أن يعلم صدق المرمى عليه فى إنكاره إما بأن لا يرى فى الشن خسقاً ، وإما بأن لا يرى فى الهدف غلظاً ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، لأن الحال شاهدة بصدقه .

(والحال الثالثة) أن يحتمل صدق المدعى وصدق المنكر لأن هل فى الشن خواسق أم لا ؟ فإن كانت بينة حمل عليها ، وإن عدمت البينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يحتسب به مصيباً ، وفى الاحتساب به مخطئاً وجهان :

(أحدهما) يحتسب به فى الخطأ إذا لم يحتسب به فى الإصابة لوقوف الرامى بين صواب وخطأ .

(والوجه الثانى) لا يحتسب به فى الإصابة ، لأن الإصابة لا يحتسب بها إلا مع اليقين . وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين ، فإن نكل المنكر عن اليمين أحلف الرامى . فإذا حلف احتسب باصابته . قال الشافعى رحمه الله : وإن كان الشن بالياً فأصاب موضع الخسق فصار فى الهدف فهو مصيب . وهذا معتبر بالشن والهدف ولهما ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون الهدف أشد من الشن لأنه مبنى قد قوى واشتد فإذا وصل السهم إليه من ثقب فى الشن ثبت فى الهدف الذى هو أقوى من الشن كان ثبوته فى الشن الأضعف أجدر . وهو الذى أراده الشافعى فيحتسب به خاسقاً .

(والحال الثانية) أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد لأنه جلد متين والهدف تراب ثائر أو طين لين فلا يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً ، أما الإصابة فلجواز أن لا يخسق الشن ، وأما الخطأ فلعدم ما خسقه مع بلى الشن .

(والحال الثالثة) أن يتساوى الشن والهدف فى القوة والضعف فلا يحتسب به مخطئاً ، وفى الاحتساب به مصيباً وجهان :

(أحدهما) يحتسب من إصابة الخسق لأن ثبوته فى الهدف قائم مقام ثبوته فى الشن عند تساويهما .

(والوجه الثانى) لا يحتسب فى إصابة الخسق ويحتسب فى إصابة القرع على الأحوال كلها . وإن صادف السهم فى ثقب فى الغرض قد ثبت فى الهدف مع قطعة من الغرض ، فقال الرامى : خسقت ، وهذه الجلدة قطعها سهمى لشدة الرمية فأنكر صاحبه وقال : بل هى كانت مقطوعة ، فإن علم

أن الغرض كان صحيحاً حكم بقول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق . وقال أحمد وأصحابه : القول قول الرامى إذا كان الغرض صحيحاً .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا أراد المستبق أن يجلس ولا يرمى وللمستبق فضل أو لا فضل له ، فسواء قد يكون له الفضل فينضل وعليه الفضل فيُنضل . إلى آخر ما قال .

قلت : إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمى فله حالتــان : إحداهما أن يريد به تأخير الرمى عن وقته فلا يخلو أن يكون فيه معذوراً أو غير معذور ، فإن كان له عذر وطلب التأخير أخر ولم يجبر على التعجيل ، سواء قيــل بلزومه كالإجارة أو بجوازه كالجعالة ، لأنه ليس بأوكد من فرض الجمعة التى يجوز التأخر عنها بالعذر وأعذاره فى تأخير الرمى ما أثر فى نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر فى رميه من شدة ريح أو مطر أو أثر فى أهله من موت أو حادث نزل أو أثر فى ماله من جائحة طرقت أو خوف طرأ .

وإن لم يكن له فى تأخير الرمى عذر ، والتمس به الدعة إلى وقت آخر ففى إجباره على التعجيل قولان :

(أحدهما) يجبر عليه إذا قيل بلزومه كالإجارة .

(والثانى) لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجعالة . أما الحال الثانية : كأن يريد بالجلوس عن الرمى فسخ العقد فلا يخلو أن يكــون معذوراً فى الفسخ أو غير معذور ، فإن كان معذوراً فى الفسخ وأعذار الفسخ أضيق وأغلظ من أعذار التأخير وهى ما اختصت نفسه من العيوب المانعة من صحة رميه وهى ضربان .

(أحدهما) ما لا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع وليس يحتاج إلى فسخه بالقول .

(والضرب الثانى) ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينيه أو عــلة

جسده فلا ينفسخ العقد بحدوث هذا المانع بخلاف الضرب الأول لإمكان الرمي بعد زواله ويكون الفسخ بالقول ، وذلك معتبر بحال صاحبه ، فإن طلب تعجيل الرمي فله الفسخ لتعذر التعجيل عليه ، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركاً بينه وبين صاحبه ، ولكل واحد منهما فسخ العقد به .

وإن أجاب صاحبه إلى الإنظار بالرمي إلى زوال المرض فهل يكون عذره في الفسخ باقياً ؟ أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يكون باقياً في استحقاق الفسخ لئلا تكون ذمته مرتهنة بالعقد . (والوجه الثاني) أن عذر الفسخ قد زال بالانتظار ، وليس للمنظر أن يرجع في هذا الإنظار ، وإن جاز له أن يرجع في الإنظار بالديون لأن ذلك عن عيب رضي به ، وجرى مجرى الإنظار بالإعسار ، وإن لم يكن لطالب الفسخ عذر في الفسخ ، فإن قيل بلزوم العقد كالإجارة لم يكن له الفسخ وأخذ به جبراً ، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق إذا امتنع منها فإن طال به الحبس وهو على امتناعه عزر حتى يجيب .

فإن قيل بجواز العقد كالجعالة فله الفسخ قبل الرمي وبعد الشروع فيه وقبل ظهور الغلبة ، فإن ظهرت الغلبة لأحدهما ، فإن كانت لطالب الفسخ ، فله الفسخ وإن كانت لغيره ففي استحقاقه للفسخ قولان مضيا .

(أحدهما) لا يستحقه بعد ظهورها لتفويت الأغراض المقصودة بعد ظهورها .

(والقول الثاني) وهو الذي نص عليه الشافعي هاهنا ــ له الفسخ لما علل به من أنه قد يكون له الفضل فينضل ، ويكون عليه الفضل فينضل .

مسألة إذا عرفت أن الرمي مما يلزم المسلمين حذقه والتمرس عليه لقهر الأعداء وجهادهم لتكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ، وعرفت أن السهام والنبال من أسلحة النضال قد استحالت في أعصرنا إلى أسلحة نارية منها ما يصيب بالتوجيه كالرشاشات القصيرة ومنها ما يصيب بالتسديد أو التصويب الدقيق ، ومنها ما يعطي مخروطا نارياً

باللمس الهين ويسمى آليا ، ومنها ما يعطى القذيفة بالضغط بالإصبع ويسمى منفرداً ، وقليل من حذاق الرماية الذين يستطيعون أن يجعلوا الآلى منفرداً ، وهو أمر يفتقر إلى قدرة على ضبط حركة الإصبع وسيطرة على لمس الزناد ، والفرق بين هذه الآلات والآلات السابقة لا يختلف فى حكمه إلا بمقدار ما يراعى من قوة الرمى وبعد ما ترميه الآلات الحديثة ومدى تأثيرها . وقد سن النبى صلى الله عليه وسلم الأخذ بآلات غير المسلمين حين حاصر الطائف بالمجانيق ، ووجه الصحابة رضوان الله عليهم إلى صناعتها وصناعة الضبور وهى نوع من المدافع البدائية التى تطورت صناعتها حتى بلغت فى عصرنا هذا الصاروخ عابر القارات ، ويحتسب فى الرماية بتلك القذائف دورة الأرض حول نفسها ودورتها السنوية وقانون الجاذبية وهى تحتاج إلى معادلات رياضية وحساب دقيق لتصل إلى أهدافها فى قلاع الأعداء فتدمرها تدميراً .

وقد أخرج الشيخان والحاكم وصححه والشافعى وأحمد والنسائى وابن حبان عن عبد الله بن مغفل رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن الخذف وقال إنها لا تصيد صيداً ولا تنكأ عدوا ولكنها تكسر السن وتفقأ العين » .

فقد وجهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما فيه الأثر الأقوى والإغلاظ البالغ والسلاح الحاسم لإرهاب العدو . فإذا ثبت هذا فإن الرماية بالبندقية وغيرها من المستحدثات من فروض الكفايات التى تتأصل بها عزة الأمة وتحمى بها حوزتها وتعلى بها رايتها وعلى ولى الأمر أن يحرض من وهب من قوة البنية وخفة الحركة وحدة البصر ونور الإيمان من ينهض به ويتوفر عليه حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله . والرمى فرض كفاية على المسلمين ويحرم على من تعلم الرمى أن ينساه بل عليه أن يتمرس به ويتمرن عليه بين الحين والحين حتى يظل المسلم محافظا على كفاءته ومهارته وحذقه للرمى حماية لبيضة الإسلام والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب احيـــاء الموات

يستحب احياء الموات لما روى جابر رضي الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من احيا ارضاً ميتة فله فيها أجر ، وما أكله العوافى منها فهو له صدقة)) وتملك به الارض ، لما روى سعيد بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((من احيا ارضاً ميتة فهى له)) ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر ، ولانه تملك مباح فلم يفتقر الى اذن الامام كالاصطياد .

فصـــل واما الموات الذى جرى عليه الملك وباد اهله ولم يعرف مالكه ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) انه يملك بالاحياء لما روى طاوس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((عادى الارض لله ولرسوله ، ثم هى لكم بعد)) ولانه ان كان فى دار الاسلام فهو كاللقطة التى لا يعرف مالكها ، وان كان فى دار الحرب فهو كالركاز .

(والثانى) لا يملك لانه ان كان فى دار الاسلام فهو لمسلم او لذمى أو لبيت المال ، فلا يجوز احياؤه ، وان كان فى دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة ، فلا يحل ماله ، ولا يجوز تملكه .

(والثالث) انه ان كان فى دار الاسلام لم يملك ، وان كان فى دار الحرب ملك ، لأن ما كان فى دار الاسلام فهو فى الظاهر لمن له حرمة ، وما كان فى دار الحرب فهو فى الظاهر لمن لا حرمة له ، ولهذا ما يوجد فى دار الحرب يخمس ، وما يوجد فى دار الاسلام يجب تعريفه ، وان قاتل الكفار عن ارض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ان تملك بالاحياء ، بل هى غنيمة بين الغانمين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين ، فلم تملك بالاحياء .

(والثانى) انه يجوز ان تملك بالاحياء لانهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز ان تملك الاحياء كسائر الموات .

فصــــل وما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسـيل الماء لا يجوز احيـاؤه ، لأنه تابع للعـامر فلا يملك بالاحياء ، ولانا لو جوزنا احياءها ابطلنا الملك فى العامر على أهله ، وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالاحياء ، لأن الشرع قد ورد باحياء الموات وهذا من جملة العامر ، ولانا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس فى أملاكهم وطرقهم ، وهذا لا يجوز .

فصــــل ويجوز احياء (١) كل من يملك المال لانه فعل يملك به فجاز به كل من يملك المال كالاصطياد . ولا يجـوز للكافر أن يملك بالاحيــاء فى دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له فى ذلك . لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » فجمع الموتان وجعلهـا للمسلمين ، فانتفى أن يكون لغيرهم ، ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين ، فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك احياؤه ، ولا يجوز للمسلم أن يحيى الموات فى بلد صولح الكفار على المقام فيــه ، لأن الموات تابع للبلد ، فاذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته) .

الشرح حديث جابر رواه أحمد والترمذى وصـححه بلفظ « من أحيا أرضاً فهى له » وفى لفظ عند أحمد وأبى داود « من أحاط حائطاً على أرض فهى له » ولأحمد وأبى داود والطبرانى والبيهقى وصححه ابن الجارود من رواية سمرة بن جندب رواه عنه الحسن وفى سماع الحسـن من سمرة خلاف معروف بين المحدثين تكلمنا عليه فى غير ما موضع ، وأخرجه النسائى وابن حبان بنحوه .

أما حديث سعيد بن زيد فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذى بلفظ « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حـق » وأخرجه أيضـاً النسائى ، وحسنه الترمذى وأعله بالإرسال ورجح الدارقطنى إرساله وقد مضى الاختلاف فى الصحابى الذى رواه غير سعيد بن زيد .

---

(١) هكذا فى ش ، ق والنسخة المطبوعة ، ولعلها هكذا (ويجوز الاحياء من كل من يملك المال . . الخ) والله أعلم .

أما سعيد بن زيد فهو سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل زوج فاطمة بنت الخطاب أحد العشرة المبشرين بالجنة كنيته أبو الأعور ، وهو قرشي عدوى من السابقين الأولين البدريين ، ممن رضى الله عنهم ورضوا عنه ، شهد المشاهد كلها ، وشهد حصار دمشق وفتحها ، وأول من ولى على دمشق فى الإسلام ، له حديثان فى الصحيحين ، وانفرد البخارى له بحديث ، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعمرو بن حريث وعروة وأبو سلمة ابن عبد الرحمن ، وعبد الله بن ظالم وطائفة . وأبوه زيد بن عمرو بن نفيل ، مات قبل الإسلام على النجاة لأنه خرج يطلب الدين القيم حتى مات . وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه يبعث أمة وحده يوم القيامة . وهو ابن عم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وقال ابن عبد البر : هذا الحديث مسنده صحيح متلقى بالقبول عند الفقهاء فى المدينة وغيرها .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : بلاد المسلمين شيئان : عامر وموات ، فالعامر لأهله كل ما صلح به العامر إن كان مرفقا لأهله من طريق وفناء ومسيل ماء أو غيره فهو كالعامر فى أن لا يملك على أهله إلا بإذنهم . ا هـ .

والموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً وموتانا بفتح الواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو لا بصيرة له ولا فهم .

اذا ثبت هذا فإن الموات شيئان : موات قد كان عامراً لأهله معروفاً فى الإسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتا ، فذلك كالعامر لأهله لا يملك عليهم إلا باذنهم (والثانى) ما لم يملكه أحد من أهل الإسلام يعرف ولا عمارة فى الجاهلية أو لم يملك فذلك الموات الذى قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا مواتاً فهو له » وروى وهب بن كيسان عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له وله فيه أجر وما أكلت العوافى منها فهو له صدقة » والعوافى جمع عاف وهو طالب الفضل .

وقد روى أحمد والبخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » وعن أسمر بن مضرس قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فبايعته فقال : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له . قال فخرج الناس يتعادون يتخاطون » أى يتسابقون عدوا يخططون فى الأرض تمهيداً لتعميرها .

وروى ابن أبى مليكة عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله . ومن أحيا مواتا فهو أحق به . جاءنا بهذا عن النبى صلى الله عليه وسلم الذين جاءوا بالصلوات عنه » والحديث بهذه المثابة لا يكون مرسلا على القول الصحيح بناء على الأصل فى أن الصحابة كلهم عدول ، فإذا قال التابعى الثقة أشهد أنه جاءنى عن النبى صلى الله عليه وسلم به الذين جاءوا بالصلوات عنه وهو يعنى الصحابة . فقد ارتفع الإرسال وبقيت الجهالة ، والجهالة بالصحابى لا تقدح فى الحديث ، اللهم إلا إذا ثبت ولو مرة واحدة أن عروة التبس عليه أمر تابعى معاصر بإسلامه للنبى صلى الله عليه وسلم فظنه صحابيا ، ولكن إذا عرفنا أن عروة لا يشك فى تثبته وعلمه بأحوال الصحابة والذى تربى فى بيت النبوة والخلافة . فأبوه ابن عمة النبى صلى الله عليه وسلم وجده لأمه أبو بكر رضى الله عنه . وخالته أم المؤمنين ، وأخره أمير المؤمنين عبد الله ابن الزبير . وروى الشافعى عن سفيان عن طاوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عمارة الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » ولأن ما لم يجز عليه ملك نوعان أرض وحيوان ، فلما ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الأرض إذا ظهر عليه بالإحياء .

وقوله فى حديث الفصل : عن طاوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال قال « عادى الأرض » نسبة إلى عاد رجل من العرب الأولى ، وهم العرب البائدة ، وبه سميت قبيلة قوم هود ، ويقال للملك القديم عادىّ كأنه نسبة إليه لتقدمه ، وبئر عادية كذلك ، وعادىّ الأرض ما تقادم ملكه .

وقد جاء حديث طاوس فى الأم وعند المصنف هنا هكذا مرسلا . وقد

رواه هكذا سعيد بن منصور فى سننه وأبو عبيد فى الأموال ، فإذا تقرر جواز الإحياء قال الشافعى : بلاد المسلمين شيئان عامر وموات ، وإنما خص بلاد المسلمين بما ذكره من قسمى العامر والموات ، وإن كانت بلاد الشرك أيضاً عامراً ومواتاً ، لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم . وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً وغلبة بغير إذنهم ، وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين ثم بمواتهم . أما العامر فلأهله الذين قد ملكوه بأحد أسباب التمليك وهى ثمانية (الأول) الميراث (الثانى) المعاوضات (الثالث) الهبات (الرابع) الوصايا (الخامس) الوقف (السادس) الصدقات (السابع) الغنيمة (الثامن) الإحياء .

فإذا ملك عامراً من بلاد المسلمين بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكا له ولحريمه ومرافقه من بناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التى لا يستغنى العامر عنها فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره فمن أحياه لم يملكه . وقال داود بن على : حريم العامر كسائر الموت من أحياه فقد ملكه استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » وهذا خطأ لأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم على عهد خلفائه مقراً على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه عما انتهوا إليه ، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر لبطل العامر على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه عما انتهوا إليه ، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به ، لأنه يفضى إلى أن يبنى الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله . وما أدى إلى هذا من الضرر كان ممنوعا منه . وليس الحريم مواتا فيصح استدلال داود عليه .

وأما الموات فضربان (أحدهما) ما لم يزل على قديم الدهر مواتا لم يعمر قط ، فهذا هو الموات جاء فى الحديث أن من أحياها فهى له ، فإن أحياه ذمى لم يملكه وقال أبو حنيفة : يملكه الذمى بالإحياء كالمسلم استدلالا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتاً فهى له » ولأنها أعيان مباحة فجاز أن يستوى فى تملكها المسلم والذمى كالصيد والحطب ، ولأن من يملك بالاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالإحياء كالمسلم ، ولأنه

سبب من أسباب التمليك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمى كالبيع ، ودليلنا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثم هى لكم منى » فوجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات إليهم فدل على اختصاصهم بالحكم .

ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يجتمع فى جزيرة العرب دينان » إشارة إلى إجلائهم حتى أجلاهم عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بازالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكا محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فإذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى ، ولأن من لم يقر فى دار الإسلام إلا بجزية منع من الإحياء كالمعاهد ، ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية وأصله نكاح المسلمة . ولأنه نوع تمليك ينافيه كفر الحربى فوجب أن ينافيه كفر الذمى كالإرث من مسلم .

فأما الجواب عن حديث « من أحيا أرضا مواتا فهى له » فهو أن هذا الخبر وارد فى بيان ما يقع به الملك . وقوله « ثم هى لكم » وارد فى بيان من يقع له الملك فصار المفسر فى كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه ، فصار الخبران فى التقدير كقوله « من أحيا أرضا مواتا من المسلمين فهى له » .

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى فى الصيد والحطب لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر ، وليس كذلك الإحياء . لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وإن منع من الإحياء ، فكان المعنى الذى فرقوا به فى المعاهد بين إحيائه واصطياده هو فرقنا فى الذمى بين إحيائه واصطياده ، وهو الجواب عن قياسهم الثانى ويكون المعنى فى المسلم فضيلته بدينه واستقراره فى دار الإسلام بغير حرمة مباينة لصغار الذمة فاستعلى على من خالف الملة .

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة لأنها سبب من أسباب التمليك الذى يختص بها المسلم دون الذمى . ولما لم يجز فى

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والاحياء الذى يملك به ان يعمر الأرض لما يريده ، ويرجع فى ذلك الى العرف ، « لأن النبى صلى الله عليه وسلم اطلق الاحياء ولم يبين » فحمل على المتعارف فان كان يريده للسكنى فانه يبنى سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص ان كانت عادتهم ذلك ، أو القصب أو الخشب ان كانت عادتهم ذلك ، ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك ، فان اراد مراحا للغنم أو حظيرة للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب ، لأنه لا يصير مراحا وحظيرة بما دون ذلك ، وان أراد للزراعة فانه يعمل لها مسناة ، ويسوق الماء اليها من نهر أو بئر ، فان كانت الأرض من البطائح فانه يحبس عنها الماء لأن احياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن احيـــاء اليابس بسوق الماء اليه ؛ ويحرثها ؛ وهو أن يصلح ترابها ، وهل يشـــترط غير ذلك ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) انه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص فى الأم ، وهــو قــول أبى اسحاق ، لأنه الاحياء قد تم وما بقى الا الزراعة ، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار .

(والثانى) وهو ظاهر ما نقله المزنى : انه لا يملك الا بالزراعة لأنها مــن تمام العمارة ، ويخالف السكنى فانه ليس من تمام العمارة ، وانما هو كالحصاد فى الزرع .

(والثالث) وهو قول أبى العباس : انه لا يتم الا بالزراعة والسقى ، لأن العمارة لا تكمل الا بذلك ؛ وان أراد حفر بئر فاحياؤها أن يحفر الى أن يصل الى الماء لأنه لا يحصل البئر الا بذلك ، فان كانت الأرض صلبة تم الاحياء ، وان كانت رخوة لم يتم الاحياء حتى تطوى البئر ، لأنها لا تكمل الا به) .

الشرح يختلف الاحياء باختلاف المقصود منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الإحياء ولم يحده ، ولما كان ليس للإحياء فى اللغة حد وجب الرجوع إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه تهيئة الشيء لما يقصد منه غالبا ، فإن أراد مسكنا نظرت إلى العرف الشائع فى المكان الذى يجرى فيه الاحيــاء سكنا ، كتحويطه بالآجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان ، وقد رأى بعض الأصحاب الاكتفــاء بالتحويط من غير بنــاء لكنه نص فى الأم على اشتراط البناء .

قال الرملي : وهو المعتمد والأوجه الرجوع في جميع ذلك إلى العادة ، ومن هنا قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرعي وغيرهما : لو اعتاد نازلوا الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمته وبناء معلفة ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة ، وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة .

اذا ثبت هذا فإن تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو للخشب أو لغير ذلك ، هذا مذهبنا ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال : الإحياء أن يحوط عليها حائطاً ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف ، وذلك لما روى عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » رواه أبو داود وأحمد ، ويروى عن جابر مثله .

وقد نص الإمام النووي على عدم اشتراط تعليق الباب لأن الباب لا يشترط للسكنى وإنما هو للحفظ والسكنى لا تتوقف عليه . وقد اعتبر القصد في مذهب الشافعي رضي الله عنه ولم يعتبر القصد في مذهب أحمد رضي الله عنه ، فلو أحاط مواتا بقصد أن يكون حظيرة فاتخذه سكنا له ولم يتخذه لما قصد له ملكه عند أحمد لعدم اعتبار القصد وملكه عند الشافعي بالقصد الطارىء أما إذا حوطها لتكون حظيرة ولا تصلح للسكنى ثم سكنها فإنه لا يملك عند الشافعي ويملك عند أحمد ، فلو خندق حول الأرض خندقا لم يكن إحياء لأنه ليس بحائط ولا عمارة ، وإنما هو حفر وتخريب ، وإن أحاطها بشوك أو شبهه لم يكن ذلك إحياء ولو نزل منزلا فنصب به ببيت شعر أو خيمة لم يكن ذلك إحياء .

أما إذا فعل ذلك بحيث يريدها مزرعة فجمع التراب أو الشوك حولها وسوى الأرض فطم المنخفض منها واكتسح العالي وحرثها إذا توقف زرعها على الحرث ورتب لها الماء بشق المسقاة أو حفر الساقية أو شق للماء طريقا ولم يبق إلا اجراؤه كفى ذلك في تملكه ، وإن لم يجر الماء : فإن هيأه ولم

يحفر له طريقاً كفى أيضا وهو المنصوص فى الأم ، وبه قال أبو إسحاق المروزى ورجحه صاحب الشرح الصغير وتابعه الشمس الرملى .

فإذا كفاها المطر لم تحتج إلى ترتيب للماء وذلك خلافا لظاهر ما نقله المزنى من أنه يشترط الزراعة لتمام الملك بذلك ، ويخالف السكنى ، وقد زاد أبو العباس ابن سريج على ذلك اشتراط السقى أيضا ، وأرض الجبال التى لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر تكفى الحراثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام النووى فى الروضة تبعا للرافعى وجزم به غيرهما . ولا يشترط أن تتم الزراعة على الأصح كما لا يشترط سكنى الدار لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء .

(والثانى) لا تصير محياة إلا بالزراعة كما لا تصير الدار محياة إلا إذا صار فيها مال المحيى ، وإذا اعتادوا أن يجمعوا ترابا حول ما يزرعونه بستانا فجمع التراب بدلا من التحويط كفى ، وإلا اشترط التحويط حسب العادة وتهيئة ماء للبستان إن لم يكفه ماء المطر ، ويشترط فيه اتخاذ الباب وغرس الأشجار ولو لبعضه بحيث يسمى بستاناً كما أفاده الأذرعى ، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين فى المكان الواسع على المذهب إذ لا يتم اسم البستان بدون ذلك بخلاف المزرعة بدون الزرع ، ولا يشترط فى البستان الإثمار ، وما عمله مما يعود نفعه على غيره كطى بئر ، فإن ملكه له يتوقف على قصده من حفر البئر ، وقال الشافعى رضى الله عنه : وإنما يكون الإحياء ما عرفه الناس إحياء مثل المحيا إن كان مسكنا كأن يبنى بمثل ما يبنى به مثله من بنيان حجر أو لبن أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما أحيا الآدمى من منزل له أو لدواب من حظار أو غيره فأحياه ببناء حجر أو مدر أو بماء لأن هذه العمارة بمثل هذا ، ولو جمع ترابا لحظار أو خندق لم يكن هذا إحياء . وكذلك لو بنى خياما من شعر أو جريد أو خشب لم يكن هذا إحياء تملك له الأرض بالإحياء ، وما كان هذا قائما لم يكن لأحد أن يزيله ، فإذا أزاله صاحبه لم يملكه ، وكان لغيره أن ينزله ويعمره ، ا هـ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبللور والفيروزج والحديد والرصاص لانها من أجزاء الأرض فملك بملكهــا ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك . وقال ابو اسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها ، وقد بينا ذلك فى البيوع ، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ ،وقال أبو القاسم الصيمرى : لا يملك الكلأ لما روى أن أبيض بن حمال « سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الأراك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حمى فى الأراك » ولأنه لو فرخ فى الأرض طائر لم يملك ، فكذلك اذا نبت فيه الكلأ ، وقال أكثر أصحابنا : يملك لأنه من نماء الملك فملــكه بملــكه كشعر الغنم .

فصـــل ويملك بالاحياء ما يحتـــاج اليــه من المرافق ، كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر ، وهو بقدر ما يقف فيه المستقى ان كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور ان كانت السقى ، وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من التقن ، ويرجع فى ذلك الى أهل العرف فى الموضع . والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من احتفر بئراً فله أربعون ذراعا حولها عطن لماشيته » .

وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن حريم القليب العادية خمسون ذراعا ، وحريم البدىء خمسة وعشرون ذراعا ، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، فان احيا ارضا الى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك ، لأنه تصرف مباح فى ملكه فلم يمنــع منه . وأن الصـــق حائطه بحائطه منع من ذلك ، وان طـــرح فى أصـــل حائطه سرجيناً منع منه لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه ، فان حفر حشا فى اصل حائطه لم يمنع منه لأنه تصرف فى ملكه . ومن أصحابنا من قال : يمنع لأنه يضر بالحاجز الذى بينهما فى الأرض . وان ملك بئراً بالاحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئراً فنقص ماء الأول لم يمنع منه لأنه تصرف فى موات لا حق لغيره فيه) .

الشرح حديث أبيض بن حمال رواه الترمذى وحسنه أبو داود بلفظ « أنه وفد إلى النبى صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح فقطع له ، فلما أن ولى قال رجل : أتدرى ما أقطعت له ؟ إنما أقطعته الماء العِد. فقال انتزعه منه : وقال : سألته عما يحمى من الأراك فقال : ما لم تنله خفاف الإبل » وأخرجه أيضا ابن ماجه والنسائى وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطـــان

ولم يذكر وجه تضعيفه ولعله بسبب السبيء المازني الذي في الإسناد .وقال فيه ابن عدي : أحاديثه مظلمة منكرة وفي رواية « ما لم تنله أخفاف الإبل » .

قال محمد بن الحسن المخزومي : يعني أن الإبل تأكل منتهى رءوسها ويحمي ما فوق ذلك . ورواه سعيد بن منصور قال : حدثني إسماعيل ابن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال « استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فأقطعنيه ، فقيل يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العد ، يعني أنه لا ينقطع ، فقال رسول صلى الله عليه وسلم : فلا إذن » .

وأما حديث عبد الله بن مغفل رضي الله عنه فقد رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف لأن فيه إسماعيل بن سلم ، وقد أخرجه الطبراني من حديث أشعث عن الحسن ، وأخرج حرب وعبد الله عن أحمد من حديث أبي هريرة بلفظ « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له ، وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب » واختيار الخمسين هو مذهب أحمد وأصحابه ، وأخرج ابن ماجه بلفظ « حريم البئر طول رشائها » .

أما اللغات في الفصل فالبلور كتنور وسنور وسبطر . وهو جوهر ، وكذلك الفيروزج ، والقار نوع من القطران ، والعد بكسر العين . قال أبو عبيد : العد بلغة تميم الكثير ، وبلغة بكر بن وائل هو القليل ، والمراد هنا في الحديث الكثير الذي لا ينقطع . وأما كلمة التقن التي جرت هنا في كلام المصنف فهي من الكلمات التي كانت شائعة عند أهل بغداد ، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره .

أما الأحكام فإن المعادن إما ظاهرة ، وهي التي سنتكلم عليها في الفصل التالي أما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرة فلا تملك بالإحياء لما سيأتي ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان

لم تملك بذلك فى ظاهر مذهب أحمد والشافعى ، وهو قول أبى إسحاق المروزى ، ويحتمل أن يملكها بذلك . وهو قول للشافعى والمصنف والنووى فى المنهاج . ومنع أبو القاسم الصيمرى أن يملك الكلأ ، ولأنه لو فرخ طائر فى الأرض لم يملك . وقول أكثر الأصحاب يملك لأنه من نماء الأرض كمن يملك غنما فإنه يملك أصوافها وأشعارها لأنه نماء فى ملكه ، ولأنه إظهار تهيأ بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالأرض ، ولأنه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبه إحاطة الأرض أو إجراء الماء إليها .

ووجه الأول أن الاحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المحيى للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع ، فإن قيل : فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا .

أما إذا ملك الأرض بالإحياء فظهر أن فيها معدنا من المعادن الجامدة ظاهراً أو باطنا فقد ملكه لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها ، ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلا إليهم ، ومنعهم انتفاعا كان لهم . وههنا لم يقطع عنهم شيئا لأنه إنما ظهر باظهاره له ، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها ويملكها بما فيها لأنه صار أحق به بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه .

فرع ظهرت تنيجة لتقدم العلوم بأسرار الكائنات مادة الزيت الذى يولد الطاقة ويدير الآلات والمصانع وهذا يخرج من باطن الأرض فتعهد الدولة إلى شركة ذات خبرة ومهارة وعلم بفن استنباط الزيت (البترول) بعقد يختلف باختلاف الأحوال فمثلا تارة يكون (عقد امتياز) وهو يعطى للشركة حق استخراج النفط من باطن الأرض وتسويقه وتصنيعه

فى مقابل إتاوة تفرضها الدولة على الشركة بحسب ما تدره الآبار من مال . وتارة يكون العقد عقد مشاركة بين الدولة والشركة المنقبـة والمستنبطة تملك الدولة التى تنوب عن المسلمين بمقتضى هذا العقد ٥١ ٪ من حصص الشركة وتملك الشركة المنقبة ٤٩ ٪ وتارة تقوم الدولة بالتنقيب بواسـطة المهندسين والفنيين وتتولى بموظفيها التسويق والبيع وقد كان لهذا النفط أثر بالغ عندما قررت الدول العربية المنتجة لهذا النفط عدم بيعه إلى البلاد التى تمالىء عدونا من اليهود فعاشوا فى ظـلام دامس وتوقفت حـركة السيارات وعاد الناس إلى استخدام الدواب والدراجات وحبـذا لو كان الإحياء لما فى باطن الأرض فى بلاد المسلمين يجرى على سنن يرصدون أمواله الفائضة بعد وفرة العيش عند الناس للجهاد فى سبيل عز الإسـلام ونشر دعوته والتبشير بها والله أعلم .

فـرع يقـال للبئر التى تحفـر فى الأرض الموات : بئر عادية بتشديد الياء منسوبة إلى عاد ، وليس المراد عاداً بعينها ، ولكن لما كانت عاد فى الزمن الأول وكانت لها آثار فى الأرض نسب إليها كل قديم ، فكل من حفر بئراً فى موات للتمليك فله حريمها أربعون ذراعا حولها أو خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب أو خمسون ذراعا طول أبعد طرفى حريمها ، ومن سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسـلم فهو له وله حريمهـا خمسـون ذراعا من كل جانب » .

وقد فرق سعيد بن المسيب بين العادىّ منها والبدئى ، فجعـل الأولى حريمها خمسين ذراعاً وجعل البدئية حريمها خمسة وعشرين ذراعا . وجعل حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع وقال : هذا من السنة . وإذا قال تابعى كبير كابن المسيب « من السنة » كان مظنة أن يكون هذا عمل الصحابة مسـنداً إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

وكذلك روى أبو عبيد عن يحيى بن سعيد الأنصارى أنه قال « السنة فى حريم القليب العادىّ خمسون ذراعاً والبـدئى خمس وعشرون ذراعاً »

فإنما يقول كل منهما ــ وهما تابعيان كبيران ــ ذلك لما صح عندهما من عمل الصحابة واتفاقهم عليه مما يجعل هذا القدر هو السنة لأنه لا يخلو من هدى نبوى .

وقال أصحاب أحمد منهم أبو الخطاب والقاضى : ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه فى ترقية مائها منها ، فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره ، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « حريم البئر مد رشائها » رواه ابن ماجه .

وذهب النووى إلى تحديد حريم البئر المحفورة فى الموات بمقدار موقف النازح منها ، قال الرملى : وهل يعتبر قدر النازح من سائر الجوانب أو من أحدها فقط ؟ الأقرب اعتبار العادة فى مثل ذلك المحل ا هـ .

وعلى هذا يكون حريم البئر من جوانبه ما يحتاج إليه فى مجال عمله ، وينبغى أن يمتد حريمها إلى ما تقتضيه . وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع ، لأن أبا هريرة روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « حريم البئر أربعون ذراعاً لأعطان الإبل والغنم » .

(قلت) حديث أبى هريرة رواه أحمد « حريم البئر العادى خمسون ذراعا ، وحريم البئر البدىء خمسة وعشرون ذراعا » وعن الشعبى مثله . وقد روى الدارقطنى والخلال باسنادهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « حريم البئر خمس وعشرون ذراعاً ، وحريم العادى خمسون ذراعاً » وقد أعله الدارقطنى بالإرسال وقال : من أسنده فقد وهم ، وفى سنده محمد ابن يوسف المقرى شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن المسيب مرسلا وزاد فيه « وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها » وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة موصولا ومرسلا والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف والأحاديث فى مجموعها تثبت أن للبئر حريماً ،والمراد بالحريم ما يمنع منه

المحيي والمحتفر لأضراره ، وفى النهاية : سمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولأنه يحرم على غيره التصرف فيه .

وحديث عبد الله بن مغفل الذى ساقه المصنف يجعل العلة فى ذلك هى ما يحتاج إليه صاحب البئر عند سقى إبله لاجتماعها على الماء .

وحديث أبى هريرة دال على أن العلة هو ما يحتاج إليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها باقتراب الإحياء منها ، ولذا وقع الاختلاف بين حالى كل من البدىء والعادى ، والجمع بين الحديثين يمكن أن ينظر فيهما من وجه الحاجة فإن كانت لأجل سقى الماشية فحديث الأربعين أو الخمس والعشرين ، وإن كانت لأجل البئر فخمسين وقد ذهب الشافعى وأبو حنيفة إلى أن حريم البئر أربعون ، وذهب أحمد إلى أن الحريم خمسة وعشرون .

فرع ومن كانت له بئر فيها ماء فجاء آخر فحفر قريباً منها بئراً فليس له منعه من ذلك ، وإن نقص ماء البئر الأولى أو انسرب الماء إليها لأنه تصرف مباح فى ملكه ، ويحتمل أن يمنع من ذلك من حفر بئراً فى موات إلى جوار بئر مثلها وجعلها أعمق منها بحيث تجتذب ماء الأولى إليها ، لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر المالك قبله ، وهو مذهب أحمد وقول الشافعى رضى الله عنهما ، والقول الأظهر وهو المذهب : له ذلك لأنه تصرف مباح فى ملكه فجاز له كتعلية داره . وهكذا الخلاف فى كل مايحدثه الجار مما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره برائحته أو غيرها ، أو يجعل داره مخبزاً فى وسط العطارين ونحو ذلك مما يؤذى الجيران فمذهب أحمد : المنع من ذلك ، والأظهر من مذهب الشافعى : له ذلك كله ، لأنه تصرف مباح فى ملكه أشبه ببناء ونقضه . (والثانى) ليس له ذلك والذى تميل إليه النفس ويظاهره الدليل لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولعله يصح مذهبا لقول الشافعى رضى الله عنه « إذا صح الحديث فهو مذهبى » المنع عند تحقق المضارة .

أما إذا ألصق الحائط بالحائط بغير مسافة ولو يسيرة منع من ذلك .

أما إذا طرح فى أصل الأرض فضلات عفنة تسرى فى مسام الأرض فتحدث فى البناء العطب والتلف منع من ذلك قولا واحداً ، لأنه تصرف باشر ملك غيره بما يضره . أما إذا حفر فى أصل حائطه حشا فقولان (أحدهما) لم يمنع من ذلك (والثانى) يمنع لأنه يضر بالحاجز الذى بينهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان تحجر رجل مواتا وهو ان يشرع فى احيائه ولم يتمم صار أحق به من غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به » وان نقله الى غيره صار الثانى احق به ، لانه آثره صاحب الحق به ، وان مات انتقل ذلك الى وارثه ، لانه حق تملك ثبت له فانتقل الى وارثه كالشفعة ، وان باعه ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق : انه يصح لانه صار احق به فملك بيعه .

(والثانى) انه لا يصح ، وهو المذهب ، لانه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ ، وان بادر غيره الى احيائه ـ نظرت ، فان كان ذلك قبل ان تطول المدة ـ ففيه وجهان :

(احدهما) لا يملك لان يد المتحجر اسبق .

(والثانى) يملك لان الاحياء يملك به ، والتحجر لا يملك به ، فقدم ما يملك به على مالا يملك به ، وان طالت المدة ولم يتمم قال له السلطان : اما أن تعمر واما أن ترفع يدك ، لانه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كما لو وقف فى طريق ضيق او مشرعة ماء ومنع غيره منها ، وان سأل أن يمهل امهل مدة قريبة ، فان انقضت المدة ولم يحى فبادر غيره فأحيا ملك ، لانه لا حق له بعد انقضاء المدة .

فصــل ومن سبق فى الموات الى معدن ظاهر وهو الذى يوصل الى ما فيه من غير مؤنة كالماء ، والنفط ، والمومياء والياقوت ، والبرام ، والملح ، والكحل كان احق به لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به » فان اطال المقام فيه ففيه وجهان :

(احدهما) لا يمنع لانه سبق اليه (والثانى) يمنع لانه يصير كالمتحجر ،

فان سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا ، فان كانا ياخذان للتجارة ، هايا الامام بينهما ، فان تشاحا فى السبق اقرع بينهما ، لانه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وان كانا ياخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) يقرع بينهما لانه لا مزية لأحدهما على الآخر .

(والثانى) يقسم بينهما لانه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه .

(والثالث) يقدم الامام احدهما لان الامام نظراً فى ذلك فقدم من رأى تقديمه ، وان كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بان يكون بقرب الساحل موضع اذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالاحياء ، لانه يوصل اليه بالعمل والمؤنة ، فملك بالاحياء كالموات) .

الشرح حديث « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به » هذا الحديث هو الذى سبق تخريجه فقد رواه أبو داود وصححه الضياء المقدسى عن أسمر بن مضرس . وقال البغوى : لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث .

أما اللغات فالمومياء لفظة يونانية الأصل وأصلها موميای فحذفت الياء اختصاراً وبقيت الألف مقصورة وهو معدن يؤخذ منه دواء للعلاج كالتوتيا وكالجنزار من سلفات النحاس وقال الرملى : المومیا شیء یلقيه البحر فى بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار ، وقيل حجارة سود فى اليمن والبرام يعمل منه قدور الطبخ .

أما الأحكام فإن التحجر إحاطة الأرض بالحجارة ، أو بحائط صغير ، وهو شروع فى إحياء الموات وليس إحياء تاما ، ولذلك فإنه لا يملكها بذلك لأن الملك لا يكون إلا بالإحياء ، وليس هذا إحياء ولكن يصير أحق الناس به ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به » فإن نقله إلى غيره صار الثانى بمنزلته لأن صاحبه أقامه مقامه ؛ وإن مات فوارثه أحق به لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته من بعده » وهذا هو المذهب ومذهب أحمد رضى الله عنه وقال أبو إسحاق المروزى : إن حق التملك قد ثبت له فيصح له بيعه وقبض

ثمنه ، والمذهب أنه لا يصح له بيعه كالشفيع لا يصح له أن يبيع قبل أن يأخذ . وإن ثبت له الاختصاص وفرق بين الاختصاص والملك ، والاختصاص لا يستلزم صحة البيع أو الهبة .

فإن سبق غيره فأحياه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه (والثانى) لا يملكه لأن مفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله : « فى حق غير مسلم فهى له » أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وروى سعيد بن منصور فى سننه أن عمر رضى الله عنه قال « من كانت له أرض — يعنى من تحجر أرضاً — فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » .

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى رضى الله عنه أن المدة فى التحجر إذا طالت عرفا بلا عذر ، فإن السلطان يقول للمتحجر : إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع .

فإن سأل الإمهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فإن أحياه غيره فى مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما ، وإن انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه ، لأن المدة قد ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان فى عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة قيل له : إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

ومذهب أحمد فى هذا كله نحو مذهبنا الا فى التوقيت بثلاث سنين

لقول عمر رضى الله عنه ، لأن عمر رضى الله عنه أخذ بالعرف فى زمنه ، وقد تكون السنون الثلاث معطلة لنفع يعود على المسلمين من إحياء الموات ونشر العمران مما يحقق مقاصد الإسلام ، ويدفع المسلمين إلى التسابق فى استخراج خيرات الأرض واستنباط معادنها وإصلاح تربتها وتأهيل مهجورها وتعمير خرابها ، وذلك صلاح للمسلمين وقوة لهم وعدة على أعدائهم ومصادر أعمال لعاطليهم وتوسيع لرقعة مساكنهم ، وما نشطت شركات الكفار وتسابقت تستعمر بلاد المسلمين إلا لتعطيلهم هذه الأحكام الشريفة ، وتخلفوا عن غيرهم فى مجالات التعمير والبناء وهجرهم لتعاليم النبى صلى الله عليه وسلم وصدق الله العظيم « ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى ، قال : رب لم حشرتنى أعمى ، وقد كنت بصيراً ؟ قال : كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تُنسَى » [1] .

فرع فى حكم المعادن الظاهرة ، قال الشافعى رضى الله عنه : ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت أو موميا أو حجارة ظاهرة كموميا فى غير ملك لأحد ، فليس لأحد أن يتحجرها دون غيره ، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه ولا لخاص من الناس ، لأن هذا كله ظاهر كالماء والكلأ اهـ . وهى التى يوصل إلى ما فيها بغير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والنفط وأحجار التلك الذى يتخذ مسحوقه لتبريد الجلد وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين لما فى ذلك من التضيق عليهم وحرمانهم من خيرات ظاهرة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فى مأرب باليمن ، فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العد . أمر برده » فأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الكثير منزلة مشارع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل من الحنابلة : هذا من مواد الله وفيض جوده الذى لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس ، فإن أخذ عنه الثمن أغلاه فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من

---

(١) الآية : ١٢٤ ـ ١٢٦ من سورة طه .

غير كلفة . وهذا مذهب الشافعي وأحمد ولا نعلم لهما مخالفاً من الأئمة . قال الرملي : وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء وهـذا مثلهـا بجامع الحاجة العامة بغير عمل ، ويمتنع أيضاً إقطاع وتحجر أرض لأخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لأخذ سـمكها ، وظاهر كلام الأصـحاب المنع من التملك والارتفاق ولكن الزركشي قيد المنع بالتملك .

ويأتي بعد هذا إذا أطال من سبق إليه المقام فيه ففيه وجهان (أحدهما) لا يمنع لأنه سبق إليه فهو أحق به بشرط أن لا يمنع غيره ويأخذ قدر حاجته (والثاني) يمنع لأنه أطال المقام والأخذ ، واحتمل أن يمنع غيره لأنه يصـير كالمتملك له أو المتحجر .

وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنهـما أقرع بينهـما لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، وهذا إذا كانا يأخذانه للتجارة ، فإن كانا يأخذانه للحاجة ففيه ثلاثة أوجه ، إما أن يقرع بينهما كالمتجرين ، وإما أن يقسم بينهما لإمكان هذه القسمة وقد تساويا فيه كما لو تداعيا في أيديهما ولا بينـة لأحدهما بها ، وإما أن يقدم الإمام من يرى منهما لأن له نظـراً في ذلك ، وهذه الأوجه كلها عند أحمد وأصحابه وأضاف القاضي وجهاً رابعاً وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كموضع على شاطيء البحر إذا صار فيه ماء البحر وتبخر صار ملحاً ملك بالإحياء وجاز للإمام إقطاعه لشركات أو أفراد لأنه لا يضيق على المسلمين بإحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، وإحياء هذا يتم بتهيئته لما يصلح من حفر ترابه وتمهيده وفتح القنوات إليه تصب الماء فيه ، لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وإن سبق إلى معدن باطن وهو الذي لا يوصل إليه إلا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب ، والفضة ، والحـديد ، والرصـاص ، واليـاقوت ،**

والفيروزج ، فوصل الى نيله ملك ما أخذه لقوله صلى الله عليه وسلم ((من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به)) وهل يملك المعدن ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يملكه لأنه موات لا يوصل الى ما فيه الا بالعمل والانفاق ، فملكه بالاحياء كموات الأرض .

(والثانى) لا يملك وهو الصحيح ((لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الملك فى الموات على الاحياء وهو العمارة)) والعمل فى المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ، ولأنه يحتاج فى كل جزء يأخذه الى عمل فلا يملك منه الا ما أخذ ، ويخالف موات الأرض لأنه اذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به ، فان قلنا : انه يملك بالاحياء ملكه الى القرار وملك مرافقه ، فان تباعد انسان عن حريمه ، وحفر معدنا فوصل الى العرق ، لم يمنع من أخذ ما فيه ، لأنه أحياء فى موات لا حق فيه لغيره ، فان حفر ولم يصل الى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر فى موات الأرض . فان قلنا : لا يملك كان كالمعدن الظاهر فى ازالة يده اذا طال مقامه ، وفى القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه .

فصل ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز ، فان سبق اليه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم ((منى مناخ من سبق)) وله أن يظل بما لا ضرر به على المارة من بارية وثوب ، لأن الحاجة تدعو الى ذلك ، وان أراد أن يبنى دكة منع ، لأنه يضيق به الطريق ، ويعثر به الضرير وبالليل البصير ، فلم يجز ، وان قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه ، لأن يد الأول لم تزل ، وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأنه زالت يده ، وان قعد وأطال ففيه وجهان :

(أحدهما) يمنع ، لأنه يصير كالمتملك ، وتملكه لا يجوز .

(والثانى) يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق اليه .

وان سبق اليه اثنان ففيه وجهان :

(أحدهما) يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

(والثانى) يقدم الامام أحدهما ، لأن للامام النظر والاجتهاد ، ولا تجىء القسمة لانها لا تملك فلم تقسم) .

الشرح حديث « من سبق إلى ما لم يسبق إليه الخ » أخرجه أبو داود والضياء المقدسى بلفظ « من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له » عن أم جندب وعن أسمر بن مضرس قال الحافظ قال البغوى : لا أعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث وصححه الضياء فى المختارة وأما حديث (منى مناخ من سبق) فقد أخرجه الترمذى وابن ماجه والحاكم عن عائشة رضى الله عنها .

أما الأحكام فقد مضى أكثر مسائل هذين الفصلين ، أما ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب (الميادين) بين العمران فليس لأحد إحياؤه ، سواء كان واسعاً أو ضيقا ، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتنعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز والمرور والعبور .

وقال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له إلى الليل ، وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية ومظلة وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو إليه ، فإذا جرى العرف بمنعه إلا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستحدثة للركوب كالمترو والترولى والترام والباص ، والسيارات العام منها والخاص ، فللسلطان أن يقيد المطلق أحيانا إذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الإطلاق وجميع المدن المتحضرة فى العالم اليوم لا تسمح باشغال الطريق إلا فى حدود المتر ونحوه ، وبترخيص يصدر من وزارة الإسكان والمرافق ، ولو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن ينصب فيها تابوتاً لبضاعته فى عرض الطريق لضاقت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين ، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذى يشغله .

على أن الفقهاء لم يرتبوا حقاً للتملك لمن يجلس فى الطرقات للبيع والشراء فقالوا : والسابق أحق به مادام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه غيره فى استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال . وهذا وجه آخر لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم . وإن استبق إليه اثنان احتمل أن يقرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما وقال أحمد بن حنبل رضى الله عنه : ما كان ينبغى لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قلت : إن الإمام أحمد رضى الله عنه يرى فى وقوف مثله على قارعة الطريق للشراء ضرباً من التبذل المخل بأهل الوقار والتصون ، لأن هؤلاء قلما يراعون حقوق الطريق ، فقد روى الشيخان عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إياكم والجلوس فى الطرقات فقالوا : يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : إذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقها . قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » هذا وقد تسمع المناكير من الجالسين فى الطرقات والضوضاء وما يشجر بينهم وبين عرفائهم يخرج عن حدود اللياقة والآداب . والله يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاقطاع والحمى

يجوز للامام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالاحياء لما روى علقمة ابن وائل عن ابيه ((ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً فارسل معه معاوية أن أعطه اياها ، أو قال أعطها اياه)) .

وروى ابن عمر ((أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه فاجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه ، فقال أعطوه من حيث وقع السوط))
وروى : ((أن ابا بكر أقطع الزبير وأقطع عمر علياً وأقطع عثمان رضى الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : الزبير ، وسعداً ،

وابن مسعود ، وخباباً ، وأسامة بن زيد رضى الله عنهم » ومن أقطعه الامام شيئاً من ذلك صار أحق به . ويصير كالمتحجر فى جميع ما ذكرناه ، لأنه باقطاع الامام صار أحق به كالمتحجر ، فكان حكمه حكم المتحجر ، ولا يقطع من ذلك الا ما يقدر على احيائه ، لأنه اذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة .

فصل وأما المعادن فانها ان كانت من المعادن الظاهرة لم يجز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه « استقطع النبى صلى الله عليه وسلم ملح المأرب فأقطعه اياه ، ثم ان الأقرع ابن حابس قال : يا رسول الله انى قد وردت الملح فى الجاهلية ، وهو بأرض ليس بها ملح ، ومن ورده أخذه ، وهو مثل الماء العد بأرض ، فاستقال أبيض ابن حمال فقال أبيض : قد أقلتك فيه على أن تجعله منى صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو منك صدقة وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه » .

وان كانت من المعادن الباطنة فان قلنا : انها تملك بالاحياء جاز اقطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالاحياء فجاز اقطاعه كموات الأرض ، وان قلنا : لا تملك بالاحياء ، فهل يجوز اقطاعه ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجوز اقطاعه لأنه يفتقر الانتفاع به الى المؤن فجاز اقطاعه كموات الأرض .

(والثانى) لا يجوز ، لأنه معدن لا يملك بالاحياء فلم يجز اقطاعه كالمعادن الظاهرة ، فاذا قلنا : يجوز اقطاعه لم يجز الا ما يقوم به لما ذكرناه فى اقطاع الموات .

فصل ويجوز اقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق ، فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع ، نقل متاعه أو لم ينقل ، لأن للامام النظر والاجتهاد ، فاذا أقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع ، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه) .

الشرح حديث ابن عمر رواه أبو داود فى إسناده عبد الله ابن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب الملقب بالعُمَرِىّ المكبر قال ابن حجر فى التقريب : ضعيف عابد . وقال الصنعانى : فيه مقال . وقال الذهبى : صدوق فى حفظه شىء . وقال ابن حجر فى

التلخيص : وله أصل في الصحيح من حديث أسماء بنت أبي بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم « أقطع الزبير أرضا من اموال بني النضير » وأما راوي حديث الباب فقد روى عن ابن معين أنه قال : ليس به بأس ، يكتب حديثه ، وقال الدارمي : قلت لابن معين : كيف حاله في نافع ؟ قال : صالح ثقة . وقال الفلاس : كان يحيى القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد بن حنبل : صالح لا بأس به ، وقال النسائي وغيره : ليس بالقوي ، وقال ابن عدي : هو في نفسه صدوق . وقال أحمد : كان عبد الله رجلا صالحاً ، كان يسأل عن الحديث في حياة أخيه عبيد الله فيقول : أما وأبو عثمان حيٌّ فلا . وقال ابن المديني عبد الله ضعيف . وقال ابن حبان : كان ممن غلب عليه الصلاح والعبادة حتى غفل عن حفظ الأخبار . وجودة الحفظ للآثار ، فلما فحش خطؤه استحق الترك .

وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبي بكر في حديث ذكرته قالت « كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي وهو مني على ثلثي فرسخ » .

وقوله : حُضر فرسه ، أي قدر ارتفاع الفرس في عدوه ، وفي قولها « من أرض الزبير » يحتمل أن تكون هذه الأرض هي التي وردت في حديث ابن عمر وفي البخاري في آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبي صلى الله عليه وسلم « أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير » وفي سنن أبي داود عن أسماء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير نخلا » والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة إقطاع الأراضي وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وإحيائها واستنباط منافعها . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم «أقطع صخر بن أبي العيلة البجلي الأحمسي ماء لبني سليم لما هربوا عن الإسلام وتركوا ذلك ، ثم رده إليهم » في قصة طويلة مذكورة في سنن أبي داود .

ومنها ما أخرجه أبو داود عن سبرة بن معبد الجهني « أن النبي صلى

الله عليه وسلم نزل فى موضع المسجد تحت دومة فأقام ثلاثاً ثم خرج إلى تبوك وإن جهينة لحقوه بالرحبة فقال لهم : من أهل ذى المروة ؟ فقالوا : بنو رفاعة من جهينة ، فقال : قد أقطعتها لبنى رفاعة فاقتسموها ، فمنهم من باع ومنهم من أمسك فعمل » .

ومنها عند أبى داود عن قيلة بنت مخرمة قالت : « قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقدم صاحبى يعنى حريث بن حسان وافد بكر ابن وائل ، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه ، ثم قال : يا رسول الله اكتب بيننا وبين بنى تميم بالدهناء أن لا يجاوزها إلينا منهم أحد إلا مسافر أو مجاور ، فقال : اكتب له يا غلام بالدهناء فلما رأيته قد أمر له بها شخص بى وهى وطنى ودارى ، فقلت : يا رسول الله إنه لم يسألك السوية من الأرض إذ سألك ، إنما هذه الدهناء عندك مقيد الجمل ومرعى الإبل ، ونساء بنى تميم وأبناؤها وراء ذلك ، فقال : أمسك يا غلام صدقت المسكينة ، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتّان » يعنى الشيطان ، وأخرجه أيضا الترمذى مختصراً .

وأما حديث « أن أبيض بن حمال المازنى استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح مأرب فأراد أن يقطعه ، ويروى فأقطعه فقيل : إنه كالماء العِدّ قال : فلا إذن » رواه الشافعى عن ابن عيينة عن معمر عن رجل من أهل مأرب عن أبيه : أن الأبيض بن حمال سأل ، فذكره سواء ، ورواه أصحاب السنن الأربعة من طريق محمد بن يحيى بن قيس المازنى عن أبيه عن سمى بن قيس عن شمير عن أبيض ، وطرقه النسائى ، وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطان .

أما اللغات فالعد بكسر العين المهملة الدائم الذى لا انقطاع لمادته ، وجمعه أعداد ، وقيل العد ما يجمع ويعد ، ورده الأزهرى ورجح الأول ومأرب غير مهموز على وزن ضارب موضع بصنعاء .

فائدة الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم ذلك هو الأقرع ابن حابس بينه الدارقطنى فى روايته .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : والموات الذى للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما رأى أن يحميه عاماً لمنافع المسلمين ، والذى عرفنا نصاً ودلالة فيما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع ، وهو بلد ليس بالواسع الذى إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشى وأضر بهم .

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهى الإحياء والإقطاع والحمى . فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له . وأما الإقطاع وهو موضوع الفصل ، فإنه لا يصح إلا فى موات لم يستقر عليه ملك وعلى هذا « كان قطائع النبى صلى الله عليه وسلم حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة فى الزيادة فقال : أعطوه منتهى سوطه » وأما ورود بعض الأخبار فيما أعطاه للزبير من أرض بنى النضير أو من نخل المدينة فقد أوردها البخارى فى آخر كتاب الخمس ومعنى هذا أنها غنائم زالت عنها يد الكفار وهذه قضية أخرى غير ما أقطعه من أرض البقيع مواتاً لإحيائه ، وهكذا كانت قطائع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما كان من شأن تميم الدارى وأبى ثعلبة الخشنى ، فإن تميما سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عيون البلد الذى كان منه بالشام قبل فتحه ، وأبو ثعلبة سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذى قال : فقال : ألا تسمعون ما يقول ؟ فقال : والذى بعثك بالحق لتفتحن عليك ، فكتب له كتاباً » .

فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاع تقليد لا إقطاع تمليك ، أو يجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق أخبار وتحقيق إعجاز ، وأما الأئمة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لم يقطعا إلا مواتا لم يجر عليه ملك ، واصطفى عمر رضى الله عنه من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا فكان يبلغ تسعة آلاف ألف فكان يصرفها فى مصالح المسلمين ولم يقطع شيئاً ، ثم إن عثمان رضى الله عنه أقطعها لأنه رأى إقطاعها أوفى لغلتها من تعطيلها ، وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه الغنى ، فكان ذلك منه

إقطاع إجازة لا إقطاع تمليك ، وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف ، ثم تناقلها الخلفاء بعده ، فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم .

فإذا كان إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر فالذى يؤثره إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر ، والذى يؤثره إقطاع الإمام أن يكون المقطع أولى الناس بإحيائه ممن لم يسبق إحياؤه لمكان إذنه وفضل اجتهاده ، فلو بادر فأحياها غير المقطع فهى ملك للمحيى دون المقطع . وقال أبو حنيفة : إن أحياها قبل مضى ثلاث سنوات من وقت الإقطاع فهى للمقطع، وإن أحياها بعد ثلاث سنين فهى للمحيى .

وقال مالك بن أنس : إن أحياها عالما بالإقطاع فهى للمقطع ، وإن أحياها غير عالم بالإقطاع خير المقطع بين أن يعطى المحيى نفقة عمارته وتكون الأرض له ، وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة استدلالا برواية معمر عن أبى نجيح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما فجاء آخرون فى عهد عمر فأحيوها فقال لهم عمر رضى الله عنه حين فزعوا إليه : تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئاً ، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ، ثم قال لأهل الأصل : إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم ، وإن شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هى لهم .

ودليلنا على أنها ملك المحيى بكل حال دون المقطع ، قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » ولأن الإقطاع لا يوجب التمليك ، والإحياء يوجب التمليك فإذا اجتمعا كان ما أوجب التمليك أقوى حكما مما لم يوجبه . فأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قال فى قضيته : « لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئاً » فدل على أن من رأيه أنها للمحيى ، وإنما عدل عن هذا الرأى لما توجه إليها من إقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يبطله ، فاستنزل الخصمين إلى ما قضى به مراضاة لا جبراً .

فإن كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غيرها فجاء غيره فعمرها وحرثها نظر ، فإن كان المقطع مقيما على عمارتها حتى تغلب عليها الثانى فعمرها فهى للأول ويكون الثانى متطوعا بعمارته ، وإن كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثانى فهى للثانى دون الأول ، وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير إقطاع فهذا حكم الإقطاع .

فـــرع مضى ما سقناه من حديث أبيض بن حمال الذى وفد إلى النبى صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العد راجع تخريجنا للحديث فى أول الشرح وفى إقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن ابن عباس قال « أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال بن الحرث المزنى معادن القبيلة جلسيّها وغوريّها ، وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم » وفى إسناده أبو أويس عبد الله بن عبد الله أخرج له مسلم فى الشواهد وضعفه غير واحد . قال أبو عمر بن عبد البر : هو غريب من حديث ابن عباس ليس يرويه عن أبى أويس غير ثور . وحديث عمرو بن عوف رواه أحمد وأبو داود أيضاً بمعنى حديث ابن عباس ، وفى إسناده ابن ابنه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده .

والأحاديث واردة فى جواز أن يقطع الإمام من يأنس منه صلاحا مكاناً فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث . ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مارب للأبيض بن حمال عندما علم أن الملح فيها كالماء الجارى ويشترط فى إقطاع المعادن أن يكون فى موات لا يختص به أحد . وهذا أمر متفق عليه .

وقال فى فتح البارى : حكى عياض أن الإقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلا لذلك ، وأكثر ما يستعمل فى الأرض ، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، إما بأن يملكه إياه فيعمره ، وإما بأن يجعل له غلته مدة . قال السبكى : والثانى هو الذى يسمى فى زماننا هذا إقطاعاً ولم أر أحداً من أصحابنا ذكره . وتخريجه على طريق فقهى مشكل . قال : والذى يظهر أنه يحصل للمقطع اختصاص كاختصاص المتحجر ولكنه لا يملك

الرقبة ، وبهذا جزم الطبرى وادعى الأذرعى نفى الخلاف فى جواز تخصيص الإمام بعض الجند بغلة أرضه إذا كان مستحقا لذلك . هكذا فى الفتح .

وحكى صاحب الفتح أيضاً عن ابن التين أنه يسمى إقطاعا إذا كان من أرض أو عقار ، وإنما يقطع من الفىء ولا يقطع من حق مسلم ولا معاهد ؛ قال : وقد يكون الإقطاع تمليكا وغير تمليك ، وعلى الثانى يحمل إقطاعه صلى الله عليه وسلم . وذكر الخطابى وجهاً آخر فقال : إنما يحمى من الأراك ما بعد عن حضرة العمارة فلا تبلغه الإبل الرائحة إذا أرسلت فى الرعى اهـ .

اذا ثبت هذا فإنه لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة لأن النبى صلى الله عليه وسلم استعاد من أبيض بن حمال ما أقطعه ، لأنه وإن كان فيه توسعة على المقطع له إلا أن فيه تضييقاً على المسلمين .

فإذا رأى الإمام أن مكاناً نائياً عن العمران فيه من المعادن والمواد الأولية ما يدخل فى منافع الناس ، وهو من المعادن الظاهرة ، إلا أن بُعد مكانها عن العمران يجعلها فى حكم المعادن الباطنة ، لأن حملها ونقلها إلى حيث المنتفعون بها عمل يفوق أحياناً مؤنة التنقيب والحفر . وقد تكون المعادن الظاهرة هى فى حقيقتها مركبة من مواد مختلفة يحتاج فصلها بعضها عن بعض إلى مصانع ومعامل كالفوسفات والمنجنيز ، وثانى أكسيد الكالسيوم الذى يستخرج من الجير وهو يمثل نسبة عالية فى الجير تبلغ النصف منه قدراً ووزناً ، ومع ذلك فإن الجير مع احتوائه على ثانى أكسيد الكالسيوم يباع الطن منه بقروش معدودة فى حين أن ثانى أكسيد الكالسيوم يباع بالجرام والسبب فى ذلك هو نفقات استخلاصه ومؤنة تمييزه .

ومن ثم يجوز للإمام أن يقطع المناجم والمحاجر المحتوية على الخامات الظاهرة إذا قصد تصنيعها واستخلاص المواد النافعة الثمينة منها ، وذلك يساوى التنقيب عن المعادن الباطنة .

فــرع مضى كلامنا فى أمر كان يعده الفقهاء من الإقطاع ويعده

المختصون فى زماننا هذا باسم الترخيص ، وهو إذن السلطان ، فإذا أراد أحد التجار أن يشغل الطريق أمامه استأذن الحاكم فمنحه رخصة يتحدد فيها المساحة المأذون فى شغلها نظير مكوس يؤديها توقف على تعبيد الطرق وتنظيفها وإنارة الشوارع وصيانتها من الروائح الكريهة والمزابل المؤذية وهى من الأمور التى تناط باجتهاد السلطان وبصره بالأمور ونظره فى صلاح رعيته ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز لأحد أن يحمى مواتاً يمنع الاحياء ويرعى ما فيه من الكلأ ، لما روى الصعب بن جثامة قال : ((سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا حمى الا لله ولرسوله)) فأما الرسول عليه السلام فانه كان يجوز له ان يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما لنفسه فانه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين . والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه ((أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخيل المسلمين)) وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمى لنفسه للخبر ، وهل يجوز أن يحمى لخيل المجاهدين ؟ ونعم الجزية ؟ وابل الصدقة وماشية من يضعف عن الابعاد فى طلب النجعة ؟ فيه قولان :

(احدهما) لا يجوز للخبر . (والثانى) يجوز لما روى عامر بن عبد الله ابن الزبير عن أبيه قال : ((أتى أعرابى من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الاسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضى الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه ـ وكان اذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ ـ فلما رأى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والعباد عباد الله ، فلولا ما احمل عليه فى سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً فى شبر)) قال مالك : نبئت انه كان يحمل فى كل عام على اربعين الفا من الظهر ، وقال مرة : من الخيل .

وروى زيد بن اسلم عن ابيه ((أن عمر رضى الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى وقال له : يا هنى اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم مجابة . وادخل رب الصريمة والغنيمة ، واياك ونعم ابن عوف ، واياك ونعم ابن عفان ، فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعا الى نخل وزرع وان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيتهما فيأتيانى فيقولا : يا امير المؤمنين ، يا امير المؤمنين ، افتاركهم انا لا أبا لك ، ان الماء والكلأ أيسر عندى من الذهب والورق ، والذى نفسى بيده لولا المال الذى احمل عليه فى

سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً ، فان حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً لحاجة والحاجة باقية لم يجز احياؤها » وان زالت الحاجة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه زال السبب .

(والثانى) لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نص ، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد ، وان حماه امام غيره وقلنا : انه يصح حماه فاحياه رجل ، ففيه قولان : (أحدهما) لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(والثانى) يملك لأن حمى الامام اجتهاد ، وملك الأرض بالاحياء نص ، والنص لا ينقض بالاجتهاد) .

الشرح حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخارى والنسائى ولفظ النسائى هو الذى ساقه المصنف ، ولفظ أحمد وأبى داود « أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله» وتتمة رواية البخارى هكذا : وقال « بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة » وأخرج الحديث أيضاً الحاكم وقال البيهقى : إن قوله « حمى النقيع » من قول الزهرى .

وقد روى الحديث النسائى فذكر الموصول فقط وهو قوله « لا حمى إلا لله ورسوله » ويؤيد ما قاله البيهقى أن أبا داود أخرجه من حديث ابن وهب عن يونس عن الزهرى فذكره وقال فى آخره قال ابن شهاب : وبلغنى أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع . قال بعض المحدثين : وقد وهم الحاكم فزعم أن حديث « لا حمى إلا الله » متفق عليه . وهو من أفـراد البخارى ، وتبع الحاكم فى وهمه أبو الفتح القشيرى فى الإلمام وابن الرفعة فى المطلب .

والصعب بن جثامة بتشديد المثلثة مع فتح الجيم الليثى ، صحابى مات فى خلافة أبى بكر على ما قيل ، والأصح أنه عاش إلى خلافة عثمان رضى الله عنه .

وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان . والنقيع بالنون مكان معروف. وحكى الخطابى أن بعضهم صحفه فقال بالموحدة ، وهو على قدر عشرين فرسخاً من المدينة ومساحته ميل فى ثمانية أميال ، أفاده ابن وهب فى موطئه ، وأهل النقيع كل موضع يستنقع فيه الماء ، وهذا النقيع المذكور غير نقيع الخضمات الذى جمع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور ، وقال ابن الجوزى : إن بعضهم قال : إنهما واحد والأول أصح .

وأثر عمر سقناه فى الفصل قبله فى الرد على مالك ، وأما خبر تولية هُنَىّ مولى عمر فقد رواه البخارى عن أسلم مولى عمر وأخرجه عن الدراوردى عن زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ المصنف . وأخرجه عبد الرزاق عن الزهرى مرسلا .

أما زيد بن أسلم فهو زيد بن أسلم العدوى أبو أسامة ويقال أبو عبد الله المدنى الفقيه مولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقال العطاف بن خالد : حدث زيد بن أسلم بحديث فقال له رجل : يا أبا أسامة عمن هذا ؟ فقال : ما كنا نجالس السفهاء . وقال البخارى فى تاريخه : قال زكريا بن عدى ثنا هشيم عن محمد بن عبد الرحمن القرشى : كان على بن الحسين زين العابدين رضى الله عنهما يجلس الى زيد بن أسلم ويخطا مجالس فقال له نافع بن جبير بن مطعم : تتخطا مجالس قومك الى عبد عمر بن الخطاب ؟ فقال على : إنما يجلس الرجل الى من ينفعه فى دينه .

أما أسلم أبو زيد هذا فهو من سبى اليمن هكذا قال البخارى فى التاريخ وابن أبى حاتم وآخرون وحكى عن سعيد بن المسيب أنه قال : هو حبشى قالوا : بعث أبو بكر عمر سنة احدى عشرة أميراً للحج واشترى أسلم واتفق الحفاظ على توثيقه وروى له البخارى ومسلم وحضر الجابية مع عمر وتوفى بالمدينة سنة ثمانين قاله أبو عبيد وقال البخارى صلى عليه مروان بن الحكم وهذا يخالف قول أبى عبيد بن سلام ، لأن مروان ابن الحكم مات سنة خمس وستين وكان معزولا عن المدينة قال البخارى : توفى أسلم وهو ابن مائة وأربع عشرة سنة .

أما الأحكام فإن الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشى ، لأن الحمى فى كلامهم هو المنع ، والحمى على ثلاثة أنواع : حمى حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أنه وقف على جبل يعمل فصلى عليه ثم قال : هذا حماى وأشار إلى النقيع وهو قدر ميل فى ثمانية ، وقال الماوردى ستة أميال فحماه لخيل المسلمين . ولأن اجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمته أمضى ، وقضاءه فيهم أنفذ ، وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مُقراً من إحيائهم وعمارتهم .

فأما حمى الإمام بعده فإن أراد أن يحمى لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصاً لم يجز ، وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه . وإن أراد أن يحمى لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشى الفقراء نظر ، فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم لضيق الكلأ عليهم فحمى أكثر مواتهم لم يجز ، وإن كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفى المسلمون بما بقى من مواتهم ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز أن يحمى لرواية مجاهد عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون شركاء فى ثلاثة : الماء والنار والكلأ وثمنه حرام » وسيأتى تخريجه فى باب حكم المياه ، وحديث الصعب ابن جثامة الذى سبق .

(والقول الثانى) يجوز له أن يحمى لما فيه من صلاح المسلمين ، ولما روى « أن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لإبل الصدقة واستعمل عليها مولاه أبا أسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبى رضى الله عنه وحمى عمر رضى الله عنه بالشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له : هُنى وقال : يا هُنى اضمم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ــ وهى بالتصغير القطعة من الإبل نحو الثلاثين أو ما بين العشرة إلى الأربعين ــ ورب الغنيمة ما بين الأربعين إلى المائة من الشاء والغنم وتفرد به راع واحد ــ وإياى ونعم ابن عوف ــ يعنى عبد الرحمن ــ ونعم ابن عفان

ـ يعنى عثمان ـ فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع ورب الصريمة ورب الغنيمة أن تهلك ماشيتهما يأتينى ببنيه يقول : يا أمير المؤمنين ، أفتاركهم أنا لا أبالك ؟ فالماء والكلأ أيسر من الذهب والورق » وعمر بهذا يلزم نفسه ويلزم أمراء المسلمين بعده بأن عليهم ضمان ما هلك من أموال الرعية بسبب تقصيرهم فى حفظ أموالهم ، وعنده أن توفير المرعى والكلأ أيسر من توفير الذهب والفضة يبذلهما فى تعويض ما تلف على رب الصريمة والغنيمة . ثم يقول : وأيم الله إنهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الإسلام .

وهكذا يعطى تقويماً صحيحاً وتقديراً سليما لمقومات الوطنية عند الشعب وهم الرعية ومقومات الشورى والعدل عند الحاكم حين يسمع رعيته أن يتهموه بالظلم إذا قصرت الدولة فى بذل الخدمات وتأمين سلامة الرعية وهو حمى من أرضهم جزءاً للمرعى فيجب ألا يسمح للأغنياء والقادرين أن يزاحموهم فى مراعيهم لأن لهم من بساتينهم ومزارعهم غنية من مزاحمة الفقراء .

والحمى فيه نفع الفقراء والأغنياء . أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم ، وأما الأغنياء فلخيل المجاهدين عنهم ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم (لا حمى إلا لله) فمعناه لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله ، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيسلم فيما النفراء المسلمين ومصالحهم فخالف فيه فعل الجاهلية فإن الذى فى الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوتى بكلب فجعله على جبل أو على نشز من الأرض واستعواه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبته روضة ألقى فيها كلبا وحمى إلى منتهى عوائه وفيه يقول معبد بن شعبة الضبى :

كفعل كليب أنبئت أنه يرى   يخطط أكلاء المياه ويمنع

وقال العباس بن مرداس :

كما كان يبغيها كليب لظلمه   من العز حتى صاح وهو قتيلها
على وائل إذ يترك الكلب هائجاً   وإذ يمنع الأكلاء منها حلولها

وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور وحماه مباح ، إن حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه ، وإن حمى للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا ممن يؤثر اجتهاده لهم ، وقد أخرج الشيخان عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعاً « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا الكلأ » .

فلو أن رجلا من عوام المسلمين حمى مواتاً ومنع الناس منه زماناً رعاه وحده ، ثم ظهر الإمام عليه ورفع يده عنه لم يغرمه ما رعاه لأنه ليس بمالك ، ولا يعزره لأنه أحد مستحقيه ولكن ينهاه عن مثله من التعدى . فأما أمير البلد ووالى الإقليم إذا رأى أن يحمى لمصالح المسلمين كالإمام فليس له ذلك إلا بإذن الإمام ، لأن اجتهاد الإمام أعم .

ولكن لو أن والى الصدقات اجتمعت معه ماشية الصدقة ، وقل المرعى لها وخاف عليها التلف إن لم يحم الموات لها ، فإن منع الإمام من الحمى كان والى الصدقات أولى ، وإن جوز الإمام الحمى ففى جوازه لوالى الصدقات عندما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان :

(أحدهما) يجوز كما يجوز عند الضرورة أن يبيع ما بيده من مال الصدقة ، وإن كان بيعها لا يجوز من غير الضرورة ، فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة ، ولا يستديم بخلاف حمى الإمام .

(والوجه الثانى) لا يجوز أن يحمى لأنه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء ، ويكون الضرر – إن كان – بالفريقين معاً ، وهذا أصح الوجهين كما أفاده الماوردى فى الحاوى الكبير .

فرع إذا حمى الإمام مواتاً وصححناه وقلنا : إنه كحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأحياه رجل من عامة المسلمين فهل يملك بإحيائه أم لا ؟ قال الماوردى تبعاً للشيخ أبى إسحاق : فيه قولان :

(أحدهما) لا يملك المحيى ما أحياه من حمى الإمام كما لا يملك حمى النبى صلى الله عليه وسلم لأن كليهما حمى محرم .

(والقول الثانى) يملك بالإحياء ، وإن منع منه لأن حمى الإمام اجتهاد وملك الموات بالإحياء نص ، والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حكم المياه

الماء اثنان ، مباح وغير مباح ، فاما غير المباح فهو ما ينبع فى أرض مملوكة، فصاحب الأرض احق به من غيره ، لأنه على المنصوص : يملكه ، وعلى قول أبى اسحاق : لا يملكه ، الا انه لا يجوز لغيره ان يدخل الى ملكه بغير اذنه ، فكان احق به ، وان فضل عن حاجته واحتاج اليه رب الماشية للكلأ ، لزمه بذله من غير عوض . وقال أبو عبيد بن حرب : لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية ، ولا بذل الدلو ، والحبل ، ليستقى به الماء للماشية ، والمذهب الأول لما روى اياس بن عمرو « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فضل الماء » .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » ويخالف الكلأ ، فانه لا يستخلف عقيب اخذه ، وربما احتاج اليه الماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته والماء يستخلف عقيب اخذه ، وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف ، فيستضر والضرر لا يزال بالضرر ، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع ، لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه ، والماشية لها حرمة فى نفسها ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها ، وان لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله ، لأن النبى صلى الله عليه وسام علق الوعيد على منع الفضل ، ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله ، والضرر لا يزال بالضرر) .

الشرح حديث إياس بن عمرو عند أهل السنن وصححه الترمذى ، وقال أبو الفتح القشيرى : هو على شرط الشيخين وقد رواه مسلم فى صحيحه من حديث جابر مرفوعاً . أما حديث أبى هريرة فقد وجدته

عند الشيخين بلفظ : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » وللبخارى : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ » وعند أحمد من حديث أبى هريرة أيضا : « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » أما اللفظ الذى ساقه المصنف معزواً إلى أبى هريرة فإنى وجدته عند أحمد عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه « من منع فضل مائه ، أو فضل كلئه منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة » وفى إسناده محمد بن راشد الخزاعى وهو ثقة وقد ضعفه .

قال ابن حجر : صدوق يهم ، ورمى بالقدر ، ورواه الطبرانى فى الصغير عن عمرو بن شعيب ورواه فى الكبير من حديث واثلة بلفظ آخر وإسناده ضعيف والأحاديث يشهد بعضها لبعض ويشهد لها جميعاً حديث أبى هريرة عند الشيخين وحديث عائشة عند أحمد وابن ماجه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع نقع البئر » وحديث جابر عند مسلم « نهى عن بيع فضل الماء » وفى مسند عبد الله بن أحمد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة فى النخل أن لا يمنع نقع بئر وقضى بين أهل البادية ان لا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ » والنقع الماء الفاضل فيها عن حاجة صاحبها ، وقوله « فضل الماء » المراد به ما زاد على الحاجة ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » .

قال ابن حجر فى فتح البارى : وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة فى الأرض المملوكة . وكذلك فى الموات إذا كان لقصد التملك ، والصحيح عند الشافعية ونص عليه فى القديم وحرملة أن الحافر يملك ماءها .

وأما البئر المحفورة فى الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ماءها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل وفى الصورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته . والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيته ، هذا هو الصحيح عند الشافعية ، وخص المالكية هذا الحكم بالموات . وقالوا فى

البئر التى لا تملك لا يجب عليه بذل فضلها ، وأما الماء المحرز فى الإناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح . اهـ .

قال فى البحر من كتب الزيدية وهو غير بحر المذهب للرويانى من أصحابنا : والماء على أضرب ، حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول ، وملك إجماعاً كما يحرز فى الجرار ونحوها ، ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقنا المحتفرة فى الملك اهـ .

قال ابن بطال (وهو من المالكية) : لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بمائه حتى يروى . قال الحافظ ابن حجر : وما نفاه من الخلاف وهو على القول بأن الماء يملك ، كأن الذين يذهبون إلى أنه يملك وهم الجمهور هم الذين لا خلاف عندهم فى ذلك وقد استدل بتوجيه النهى إلى الفضل على جواز بيع الماء الذى لا فضل فيه . وقد تقدم فى أبواب الطهارة والبيوع بحوث مستفيضة من المجموع فاشدد بها يديك .

وقوله « ليمنع به الكلأ » هو النبات ، رطبه ويابسه ، والمعنى أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشى رعيه إلا إذا مكنوا من سقى بهائمهم من تلك لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى ، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعى ، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور . وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية ، ويلحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب ، لأنه إذا منعهم من الشرب امتنعوا من الرعى هناك .

ويحتمل أن يقال يمكنهم حمل الماء لأنفسهم لقلة ما يحتاجون إليه منه بخلاف البهائم ، والصحيح الأول ، ويلتحق بذلك الزرع عند مالك ، والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية الاختصاص بالماشية . وفرق الشافعية فيما حكاه المزنى عنه بين المواشى والزرع ، بأن الماشية ذات أرواح يخشى من عطشها موتها ، بخلاف الزرع . وبهذا أجاب النووى وغيره .

واستدل لمالك بحديث جابر فى صحيح مسلم الذى ذكرناه لإطلاقه وعدم تقييده وتعقب بأنه يحمل على المقيد ، وعلى هذا لو لم يكن هناك كلأ يرعى

فلا منع من المنع لانتفاء العلة . على أنه ليس هناك صارف يصرف النهى عن معناه الحقيقى من التحريم ، لاسيما وأن النهى مصحوب فى بعض روايات الحديث بالوعيد . وقال فى الفتح : وظاهر الحديث وجوب بذله مجاناً وبه قال الجمهور . وقيل : لصاحبه طلب القيمة من المحتاج إليه كما فى طعام المضطر وتعقب بأنه يلزم منه جواز البيع حالة امتناع المحتاج من بذل القيمة ، ورد بمنع الملازمة فيجوز أن يقال يجب عليه البذل وتثبت له القيمة فى ذمة المبذول له ، فيكون له أخذ القيمة منه متى أمكن ، ولكنه لا يخفى أن رواية (لا يباع فضل الماء) ورواية (النهى عن بيع فضل الماء) يدلان على تحريم البيع ، ولو جاز له أخذ العوض لجاز له البيع ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وأما المباح فهو الماء الذى ينبع فى الموات ، فهو مشترك بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم : ((الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والنار ، والكلأ)) فمن سبق منهم الى شىء منه كان أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم ((من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به)) فان أراد أن يسقى منه أرضاً ، فان كان نهراً عظيما كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة ، جاز أن يسقى منه ما شاء ، ومتى شاء ، لأنه لا ضرر فيه على أحد ، وان كان نهراً صغيراً لا يمكن سقى الأرض منه الا أن يحبسه ـ فان كانت الأرض متساوية ـ بدأ من أول النهر ، فيحبس الماء حتى يسقى أرضه الى أن يبلغ الماء الى الكعب ، ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى أن تنتهى الأراضى ، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ((قضى فى شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل ، ويجعل الماء فيه الى الكعب ، ثم يرسله الى الأسفل الذى يليه كذلك ، حتى تنتهى الأرضون)) ، وروى عبد الله بن الزبير ((أن الزبير ورجلا من الأنصار تنازعا فى شراج الحرة التى يسقى بها النخل فقال الأنصارى للزبير : سرح الماء : فأبى الزبير ، فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير ((اسق أرضك ثم أرسل الماء الى أرض جارك ، فقال الأنصارى : أن كان ابن عمتك يا رسول الله ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا زبير اسق أرضك واحبس الماء الى أن يبلغ الجدر)) .**

وان كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء فى الأرض العالية

الى الكعب حتى يقف فى الأرض المستفلة الى الوسط ، فيسقى المستفلة حتى يبلغ الماء الى الكعب ، ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ الكعب ، فان أحيا جماعة ارضاً على هذا النهر وسقوا منه ، ثم جاء رجل فاحيا ارضا فى اعلاه اذا سقى ارضه استضر اهل النهر ، منع من ذلك ، لأن من ملك أرضا ملكها بمرافقها ، والنهر من مرافق ارضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه) .

الشرح حديث « الناس شركاء » رواه أحمد وأبو داود عن أبى خداش عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار » ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه « وثمنه حرام » وقد رواه أبو نعيم فى الصحابة فى ترجمة أبى خراش ، ولم يذكر الرجل ، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال أبو خراش لم يدرك النبى صلى الله عليه وسلم وقد وجدت ممن كنيته أبو خراش فى الصحابة ، وهو حدرد بن أبى حدرد الأسلمى وهو صحابى .

قال ابن حجر فى التقريب : له حديث واحد . ووجدت هذا الحديث يذكره ابن الأثير فى أسد الغابة يقول : روى جندل بن والق عن يحيى بن يحيى الأسلمى عن سعيد بن مقلاص عن الوليد بن أبى الوليد عن عمران ابن أنس عن حدرد الأسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « هجرة الرجل أخاه سنة كسفك دمه » ووجدت أبا داود يسميه فى روايته حبان بن زيد ، وفى هامش فتح العلام أبو خداش حبان بن زيد الشرعبى ثقة لم يعرفه ابن حزم فقال : إنه مجهول . انتهى .

وقال ابن حجر فى التقريب : حبان بن زيد الشرعبى أبو خداش ثقة . أخطأ من زعم أن له صحبة .

وقال فى بلوغ المرام : عن رجل من الصحابة قال « غزوت مع النبى صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول : الناس شركاء فى ثلاثة : الكلأ والماء والنار » رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات .

(قلت) والجهالة بالصحابى لا تؤثر فى صحة الحديث كما هو معروف

عند المحدثين ، لأنهم رضوان الله عليهم عدول أجمعون أما الجهالة بحاله والاختلاف فى صحبته فالمثبت حجة على النافى لزيادة علمه .

وأما رواية ابن عباس عند ابن ماجه والتى فيها « وثمنه حرام » ففيها عبد الله بن خراش ، وهو متروك ، وقد صححه ابن السكن ، ويشهد لرواية ابن عباس رواية أبى خراش ورواية أبى هريرة عند ابن ماجه وعبد الله ابن أحمد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يمنع الماء النار والكلأ » .

وأما حديث من « سبق الخ » فقد مر تخريجه فى غير موضع .

وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد والبيهقى والطبرانى وفيها انقطاع بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى شرب النخل من السيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء إلى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذى يليه ، وكذلك حتى تنقضى الحوائط أو يفنى الماء » .

ورواها عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى سيل مهزوز أن يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » رواه أبو داود وابن ماجه ، وفى إسناده عبد الرحمن بن الحرث المخزومى المدنى تكلم فيه الإمام أحمد .

وقال الحافظ فى الفتح : إن إسناد هذا الحديث حسن ورواه الحاكم فى المستدرك من حديث عائشة أنه قضى فى سيل مهزور أن الأعلى يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين . وأعله الدارقطنى بالوقف وصححه الحاكم ، ورواه ابن ماجه وأبو داود من حديث ثعلبة بن أبى مالك ، ورواه عبد الرزاق فى مصنفه عن أبى حاتم القرظى عن أبيه عن جده أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم فى بنى قريظة فخاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مهزور السيل الذى يقسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى

الأسفل » ومهزور وادى بنى قريظة بالحجاز . قال ابن الأثير : أما مهروز بتقديم الراء على الزاى فموضع سوق المدينة .

وهذه الأحاديث تدل على أن الأعلى تستحق أرضه الشرب بالسيل والنيل وماء البئر قبل الأرض التى تحتها ، وأن الأعلى يمسك الماء حتى يبلغ الكعبين أى كعبى رجل الإنسان الواقعين عند مفصل الساق والقدم ثم يرسله بعد ذلك .

وقال صاحب البحر من الزيدية : إن الماء إذا كان قليلا فحده أن يعم أرض الأعلى إلى الكعبين فى النخيل وإلى الشراك فى الزرع لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك فى خبر عبادة بن الصامت . قال : وأما قوله صلى الله عليه وسلم للزبير « اسق أرضك حتى يبلغ الجدر » فقيل : عقوبة لخصمه ، وقيل : بل هو المستحق ، وكان أمره صلى الله عليه وسلم بالتفضل، فإن كانت الأرض بعضها مطمئناً فلا يبلغ فى بعضها الكعبين إلا وهو فى المطمئن إلى الركبتين ، قدم المطمئن إلى الكعبين ثم حبسه وسقى باقيها .

وقال أبو طالب : العبرة بالكفاية للأعلى .

أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة وهو عند الخمسة من رواية عبد الله بن الزبير عن أبيه وعند النسائى من رواية عبد الله ابن الزبير لم يذكر فيه عن أبيه وللبخارى فى رواية قال : خاصم الزبير رجلا ــ وذكر نحوه ــ وزاد فيه : فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ للزبير حقه ، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللأنصارى ، فلما أحفظ الأنصارى رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى للزبير حقه فى صريح الحكم » .

قال عروة : قال الزبير « فوالله ما أحسب هذه الآية نزلت إلا فى ذلك » (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما) [1] رواه أحمد كذلك لكن قال : عن

(١) الآية : ٦٥ من سورة النساء .

عروة بن الزبير أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلا وذكره جعله من مسنده وزاد البخاري في رواية : قال ابن شهاب فقدرت الأنصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر » فكان ذلك إلى الكعبين ، وقد جاء هذا الحديث عند المحدثين في أبواب الأقضية وأن القاضي إذا حكم وهو غضبان صح إن صادف الحق لأنه صلى الله عليه وسلم « قضى للزبير بعد أن أغضبه الرجل » ولا يخفى أنه لا يصح إلحاق غيره صلى الله عليه وسلم به لأنه معصوم فلا يدل حكمه صلى الله عليه وسلم وهو غضبان على جواز ذلك للقضاة ، والنبي صلى الله عليه وسلم معصوم عن الحكم بالباطل في غضبه ورضاه بخلاف غيره ، ولهذا ذهب بعض الحنابلة إلى أن لا ينفذ الحكم في حال الغضب لثبوت النهي عنه ، وسيأتي مزيد إيضاح إن شاء الله تعالى في كتاب الأقضية وقد رواه مالك في موطئه من حديث عروة عن أبيه .

الرجل المبهم الذي خاصم الزبير هو ثعلبة بن حاطب ، وقيل : حميد ، وقيل : حاطب بن أبي بلتعة ولا يصح لأنه ليس أنصارياً ، وقيل : إنه ثابت ابن قيس بن شماس ، وإنما ترك النبي صلى الله عليه وسلم قتله بعد أن جاء في مقاله بما يدل على أنه صلى الله عليه وسلم جار في الحكم لأجل القرابة لأن ذلك كان في أوائل الإسلام وقد كان صلى الله عليه وسلم يتألف الناس إذ ذاك كما ترك قتل عبد الله بن أبي سعد أن جاء بما يسوغ به قتله .

وقال القرطبي : يحتمل أنه لم يكن منافقا بل صدر منه ذلك عن غير قصد ، كما اتفق لحاطب بن أبي بلتعة في قصة تخابره مع العدو ومسطح في قصة الإفك وحمنه وغيرهم ممن بدره لسانه بدرة شيطانية .

على أن الحكم في هذا الفصل يأتي هكذا : إذا كان الماء صغير المجرى بحيث يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح الناس من أصحاب الأرض الشاربة منه فيه ، فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عمن يليهم فلا شيء للباقين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة

فى الميراث ، وهذا قول الفقهاء من أهل المدينة ومالك والشافعى وأحمد ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل فيه حديث الزبير ، قال الزهرى : نظرنا فى قول النبى صلى الله عليه وسلم « ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر » فوجدنا ذلك إلى الكعبين .

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير ، والحرة أرض ملتبسة بحجارة بركانية سود ، والجدر الجدار ، وإنما أمر النبى صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان اشتركوا جماعة فى استنباط عين اشتركوا فى مائها . فان دخلوا على ان يتساووا ، تساووا فى الانفاق ، وان دخلوا على ان يتفاضلوا تفاضلوا فى الانفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة ، لانهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدره ، فان ارادوا سقى اراضيهم بالمهايأة يوماً يوماً جاز ، وان ارادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضى وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ، فتخرج حصة كل واحد منهم الى ارضه ، فان اراد احدهم ان يأخذ حقه من الماء قبل المقسم فى ساقية يحفرها الى ارضه منع من ذلك ، لأن حريم النهر مشترك بينهم ، فلا يجوز لواحد منهم ان يحفر فيه ، فان اراد أن ينصب رحا قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك ، لأنه ينصرف فى حريم مشترك ، فان اراد ان يأخذ الماء ويسقى به ارضاً أخرى ليس لها رسم بشرب من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان فى دربين أن يفتح من احدهما باباً الى الأخرى فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له ، والله تعالى اعلم) .**

الشرح قوله : بالمهايأة أى بالمناوبة . وقوله : كوى جمع كوة بضم الكاف وتشديد الواو مثل مدية ومدى وتفتح أيضاً وهى الثقب فى الحائط .

اما الأحكام فإذا كان النهر لجماعة وقد قلنا فيما مضى إن النهر المحيى فى موات يكون لمحييه حقوق الملك . فإن لم يكن مالكا فهو بينهم على

حسب العمل والنفقة أو على حسب اتفاقهم ، لأنه إنما كان لهم حق الملك بالعمارة والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم ، وإن تشاحوا فى قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر نفقتهم، لأن لكل واحد منهم من الحقوق بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صابة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض فى مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به وليس له أن يأخذ قبل القسم ، كما أن ليس له أن يسقى أرضاً ليس لها رسم شرب فى هذا الماء لأن ذلك يدل على أن لها قسما فى هذا الماء ، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لا ينفذ ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى ، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز ، لأنه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصة يوماً وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل .

وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز . وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك فى الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين .

لا يجوز فى النهر المشترك أن ينصرف أحد المشتركين بعمل رحى أو دولاب أو معبر للماء لأنه يتصرف فى نهر مشترك وفى حريمه بغير إذن شركائه . أما الشرب لنفسه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به فى أشباه ذلك فإنه يجوز لكل المسلمين ، ولا يحل لصاحب الماء منعه من ذلك لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان يفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخارى .

وعن بهيسة عن أبيها أنه قال : « يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الماء . قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الملح . قال : يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : « أن تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ، ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما إذا لم يفضل شىء عن حاجة ماشيته لم يلزمه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب اللقطـــة

اذا وجد الحر الرشيد لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضـــة والجواهر والثياب ـ فان كان ذلك فى غير الحرم ـ جاز التقاطه للتملك ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن اللقطة فقال : ما كان منها فى طريق ميتاء فعرفها حولا ، فان جاء صـــاحبها والا فهى لك ، وما كان منها فى خراب ففيهـــا وفى الركاز الخمس » وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها ، لقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » (١) ولما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » وان كانت فى الحرم لم يجز أن يأخذها الا للحفظ على صاحبها .

ومن أصحابنا من قال : يجوز التقاطها للتملك لأنها ارض مباحة فجـاز اخذ لقطتها للتملك كغير الحرم ، والمذهب الأول ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام الى يوم القيامة ، لم يحل لاحـد قبلى ، ولا يحل لأحد بعدى ، ولم يحل لى الا ساعة من نهار ، وهو حرام الى يوم القيامة لا ينفر صيدها ، ولا يعضد شجرها ، ولا تلتقط لقطتها الا لمعرف » ويلزمه المقام للتعريف ، وان لم يمكنه المقام دفعها الى الحاكم ليعرفها من ســـهم المصالح .

فصـــل وهل يجب اخذها ؟ روى المزنى أنه قال : لا أحب تركها . وقال فى الأم : لا يجوز تركها ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب لأنها أمانة فلم يجب اخذها كالوديعة .

(والثانى) يجب ، لما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال « حرمة مال المؤمن كحرمة دمه » ولو خاف على نفسه لوجب حفظها ،

---

(١) الآية : ٢ من سورة المائدة .

فكذلك اذا خاف على ماله . وقال ابو العباس وابو اسحاق وغيرهما « ان كانت فى موضع لا يخاف عليها لامانة أهله لم يجب عليه ، لأن غيره يقوم مقامه فى حفظها ، وان كان فى موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، فتعين عليه وحمل القولين على هذين الحالين ، فان تركها ولم يأخذها لم يضمن ، لان المال انما يضمن باليد أو بالاتلاف . ولم يوجد شيء من ذلك ، ولهذا لا يضمن الوديعة اذا ترك أخذها فكذلك اللقطة .

فصل **وان اخذها اثنان كانت بينهما ، كما لو أخذا صيداً كان بينهما ، فان اخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره وجب عليه ردها الى الأول ، لأنه سبق اليها فقدم ، كما لو سبق الى موات فتحجره) .**

الشرح حديث عبد الله بن عمرو مروى من طريق عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ، وقد مضى للنووى تخريجه فى زكاة الركاز . وقد روى الجوزجانى والأثرم فى كتابيهما قال : حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام ابن سعد قال حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى فى الطريق الميتاء أو فى قرية مسكونة ؟ فقال عرفه سنة ، فإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به » .

وحديث « من كشف عن مسلم كربة الخ » سبق فى غير موضع .

وحديث ابن عباس مضى فى الحج وحديث ابن مسعود مضى فى البيوع فى غير موضع .

أما اللغات فإن اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط . قال الخليل ابن أحمد : لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة . واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذى يضحك منه والهزأة الذى يهزأ به ، وقال الأصمعى وابن الأعرابى والفراء : هى بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضاً وتعريفها عند الفقهاء المال الضائع من ربه يلتقطه غيره .

وقال الزمخشرى : اللقطة بفتح القاف والعامة تسكنها وأصله من لقط

الشيء والنقطة إذا أخذه من الأرض . وأصل فعلة فى الكلام اسم الفاعل وفعلة اسم للمفعول ، غير أن كلام العرب جاء فى اللقطة على غير قياس . أجمع أهل اللغة ورواة الأخبار على أن اللقطة الشيء الملتقط ، ذكره الأزهرى ، قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشيء من غير طلب .

قوله « مئتاء » أى مسلوك مفعول من الإتيان ، وقد تبدل التاء دالا لمجاورة النطق فتكون ميداء ، ولا يزال العامة ينطقونها محرفة فيقولون المدأ . وفى الحديث : « لولا أنه طريق مئتاء لحزنا عليك يا إبراهيم » .

أما الأحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمن نفسه عليها أخذها . وهذا قول الشافعى رضى الله عنه . وقال أحمد رضى الله عنه : الأفضل ترك الالتقاط . وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر بن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له .

وقال الشافعى رضى الله عنه : إنه يجب أخذها لقوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » [1] فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله. وقال فى الأم فى اللقطة الصغيرة فى ضالة الغنم : إذا وجدتها فى موضع مهلكة فهى لك فكلها فإذا جاء صاحبها فاغرمها له .

وقال فى المال يعرفه سنة ثم يأكله إن شاء ، فإن جاء صاحبه غرمها له ، وقال : يعرفها سنة ثم يأكلها ، موسراً كان أو معسراً إن شاء ، إلا أنى لا أرى له أن يخلطها بماله ولا يأكلها حتى يشهد على عددها ووزنها وظرفها وعفاصها ووكائها فمتى جاء صاحبها غرمها له الخ . اهـ

وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة ، وأخذها أبى بن كعب وسويد بن غفلة . وقال مالك : إن كان شيئاً له بال بأخذه أحب إلى ويعرفه ، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق . وقال ابن قدامة من الحنابلة فى المغنى : ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة ، ولأنه تعريض

(١) الآية : ٧١ من سورة التوبة .

لنفسه لأكل الحرام ، وتضييع للواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها ، فكان تركه أولى وأسلم ، كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر .

اذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفات فى الجنس والحكم . فالضوال الحيوان ، لأنه يضل بنفسه ، واللقطة غير الحيوان ، سميت بذلك لالتقاط واجدها لها ، ولها حالتان .

(إحداهما) أن توجد فى أرض مملوكة ، فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها وهي فى الظاهر لمالك الأرض إن ادعاها ، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن اللقطة فقال : ما كان منها فى طريق مئتاء فعرفها حولا ، فإن جاء صاحبها وإلا فهى لك ، وما كان فى خراب ففيها وفى الركاز الخمس » .

(والحال الثانية) : أن توجد فى أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات فلا يخلو ذلك من أحد أمرين : إما أن يكون بمكة أو بغير مكة ؛ فإن كان بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين ، ظاهر ومدفون ؛ فإن كان ظاهراً فعلى ضربين أحدهما ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره من بعد .

(والثانى) أن يكون مما يبقى كالدراهم والدنانير والثياب والحلى والقماش فهذه هى اللقطة التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث زيد بن خالد قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه ، وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه .

فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها وإن كان مدفوناً فضربان جاهلى وإسلامى ، فإن كان إسلامياً

فلقطة أيضا وهى على ما ذكرنا ، وإن كان جاهليا فهو ركاز يملكه واجده وعليه إخراج خمسه فى مصرف الزكوات للحديث « وفى الركاز الخمس » .

وإن كانت اللقطة بمكة فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنه ليس لواجدها أن يتملكها ، وعليه أن يأخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد ، وقال بعض أصحابنا : مكة وغيرها سواء فى اللقطة استدلالا بعموم الخبر . وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « إن أبى إبراهيم حرم مكة ، فلا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد » وفى المنشد تأويلان (أحدهما) وهو قول أبى عبيد : إنه صاحبها الطالب ، والناشد هو المعرف الواجد لها .

قال الشاعر :

يصيخ للبناة أسماعه إصاخة الناشد للمنشد

فكأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل أن يتملكها إلا صاحبها التى هى له دون الواجد » (والتأويل الثانى) وهو للشافعى رضى الله عنه أن المنشد الواجد المعرف ، والناشد هو المالك الطالب ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال « أيها الناشد غيرك الواجد » يعنى لا وجدت كأنه دعا عليه فعلى هذا التأويل معنى قوله : لا تحل لقطتها إلا لمنشد أى لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها ، فكان فى كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها ، ولأن مكة لما باينت غيرها فى تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها باينت غيرها فى ملك اللقطة ، ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالباً إلا بعد حول إن عاد ، فلم ينتشر إنشادها فى البلاد كلها ، فلذلك وجب عليه مداومة تعريفها ، ولا فرق بين مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك فى الحرمة .

فأما عرفة ومصلى إبراهيم عليه السلام ففيه وجهان : (أحدهما) أنه حل تحل لقطته قياساً على جميع الحل (والثانى) أنه كالحرم لا تحل لقطته إلا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج ، ثم اختلفوا فى جواز إنشادها فى المسجد

الحرام مع اتفاقهم على تحريم إنشـادها فى غيره من المسـاجد على وجهين (أصحهما) جوازه اعتباراً بالعرف وأنه مجمع الناس .

فـــرع إذا ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة فى يده فأشبهت الوديعة ، فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حـق التمـول ، وولاية التعـريف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضياع ؛ فإن لم يعلم الثانى بالحال حتى عرفهـا حولا ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها ؛ لأن الملك مقـدم على حـق التملك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثانى ، وليس له مطالبة الأول لأنه لم يفرط ، وإن علم الثانى بالأول فردها إليه فأبى أخذها وقال : عرفها أنت فعرفهـا ملكهـا أيضاً ، لأن الأول ترك حقه فسقط ، وإن قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله فى الباقى ، وإن قصد الثانى بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول احتمل وجهين :

(الأول) يملكها ، لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول فى تعريفها لنفسه .

(والثانى) لا يملكها لأن ولاية التعريف للأول أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، وكذلك الحكم إذا علم الثانى بالأول فعرفها ولم يعلمه بها ، ويشبه هذا المتحجر فى الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحدا ، لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملـكها ، فإن الالتقاط من جمـلة السبب ولم يوجد منه ، ويفارق هـذا ما إذا التقطها ثان فإنه وجد منـه الالتقاط والتعريف .

فـــرع إذا التقطها ثان فعرفاها حولا ملكاها جميعاً ، وإن قلنـا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم

بها صاحبه فأخذها فهى لآخذها ، لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد . وإن قال أحدهما لصاحبه : هاتها فأخذها نظرت ، فإن أخذها لنفسه فهى له دون الآمر ، وإن أخذها للآمر فهى له كما لو وكله فى الاصطياد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا اخذها عرف عفاصها ، وهو الوعاء الذى تكون فيه ، ووكاءها هو الذى تشد به وجنسها وقدرها ، لما روى زيد بن خالد الجهنى ان النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة ، فان جاء من يعرفها والا فاخلطها بمالك » فنص على العفاص والوكاء ، وقسنا عليهما الجنس والقدر ، ولأنه اذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله ، ويعرف به صدق من يدعيها ، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط ؟ فيه ثلاثة أوجه .**

(أحدها) لا يجب لأنه دخول فى أمانة فلم يجب الاشهاد عليه كقبول الوديعة .

(والثانى) يجب لما روى عياض بن حمار رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « من التقط لقطة فليشهد ذا عدل ، او ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب » ولأنه اذا لم يشهد لم يؤمن ان يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط .

(والثالث) أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الاشهاد عليه كالبيع ، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب ، فوجب الاشهاد عليه كالنكاح ، وان اخذها واراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف ، لأن التعريف للتملك فاذا لم يرد التملك لم يجب التعريف .

ـ فان اراد ان يتملكها ـ نظرت ، فان كان مالا له قدر ، يرجع من ضاع منه فى طلبه ـ لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو . وحديث زيد ابن خالد ، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، لأنه اذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها .

(والثانى) يجوز لأن اسم السنة يقع عليها . ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة . ويجب أن يكون التعريف فى أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها ، وفى المواضع التى يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل الا بذلك ويكثر منه فى الموضع الذى وجدها فيه ، لأن من ضاع منه شىء يطلبه فى الموضع الذى ضاع فيه ، ولا يعرفها فى المساجد ، لما روى جابر قال : « سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم لا وجدت » وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات ، ويقول من ضاع منه شىء ، أو من ضاع منه دنانير ، ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها ؛ فان ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع .

(والثانى) يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه الى من يوجب الدفع بالصفة ، فان لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على الملتقط ، لأنه يتملك به .

وان كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف ؛ لما روى أنس قال : « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمرة فى الطريق مطروحة فقال : لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها » وان كان مما يطلب الا أنه قليل ، ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الأخبار .

(والثانى) لا يعرف الدينار ، لما روى ان عليا كرم الله وجهه وجد دينارا فعرفه ثلاثا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « كله أو شانك به » .

(والثالث) يعرف ما يقطع فيه السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لأنه تافه ، ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها : « ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه » .

الشرح حديث زيد بن خالد الجهنى رواه البخارى ومسلم وأحمد ، واللفظ الذى ساقه المصنف أقرب إلى رواية أحمد . ولفظ الشيخين « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه . وسأله عن

ضالة الإبل فقال : مالك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب » ولم يقل فيه أحمد « الذهب أو الورق وفى رواية لمسلم « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطهـا إياه وإلا فهى لك » .

وحديث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسـائى وابن حبان ، وفى لفظ للبيهقى « ثم لا يكتم وليعرف » وصححه ابن الجارود وابن حبان وقد رواه الشافعى أورده الربيع فى اختـلاف مالا والشـافعى فى اللقطة ليلزم مالكا بمـا رواه فقال : أخـبرنا مالك عن ربيعـة بن أبى عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهنى الخ .

أما حديث جابر فقد مضى تخريجه فى كتاب الصلاة . أما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان .

أما حديث على فقد أخرجه أبو داود عن بلال بن يحيى العبسى عنـه وفيه « أنه التقط ديناراً فاشترى به دقيقاً فعرفه صاحب الدقيق فرد عليـه الدينار فأخذه على فقطع منه قيراطين فاشترى به لحماً . قال المنـذرى فى سماع بلال بن يحيى من على نظر ، وقال الحافظ ابن حجر : إسناده حسن ، ورواه أبو داود أيضاً عن أبى سعيد الخدرى أن على بن أبى طالب وجـد ديناراً ، فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هو رزق الله فأكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكل على وفاطمة ، فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار ، فقـال رسول الله صـلى الله صلى الله عليه وسلم : يا على أد الدينار » وفى إسناده رجل مجهول . وأخرجه أبو داود أيضاً من وجه آخر عن أبى سعيد ، وذكره مطولا وفى إسناده موسى ابن يعقوب الزمعى وثقه ابن معين . وقال ابن عـدى : لا بأس به ، وقال النسائى ليس بالقوى .

وروى هذا الحديث الشافعى عن الدراوردى عن شريك بن أبى نمر عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى وزاد « أنه أمره أن يعرفه » ورواه

عبد الرزاق من هذا الوجه ، وزاد فجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام ، وفى إسناد هذه الزيادة أبو بكر بن أبى سبرة وهو ضعيف جداً .

وقد أعل البيهقى هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة فى التعريف ، قال : ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطرار ، وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد ، وسيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى .

قوله « فليشهد » ظاهر الأمر يدل على وجوب الإشهاد ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه وبه قال أبو حنيفة ، وفى كيفية الإشهاد قولان (أحدهما) يشهد أنه وجد لقطة ولا يعلم بالعفاص ولا غيره لئلا يتوصل الكاذب بذلك إلى أخذها (والثانى) يشهد على صفاتها كلها حتى إذا مات لم يتصرف فيها الوارث ، وأشار بعض أصحابنا إلى التوسط بين الوجهين فقال : لا يستوعب الصفات ، ولكن يذكر بعضها ، قال النووى : وهو الأصح (والثانى من قولى الشافعى) أنه لا يجب الإشهاد وبه قال مالك وأحمد وغيرهما ، وقالوا : إنما يستحب احتياطا ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يأمر به فى حديث زيد بن خالد ، ولو كان واجبا لبينه .

أما العفاص بكسر العين المهملة وتخفيف الفاء ، وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة جلداً أو غيره أخذاً من العفص وهو الثنى لانثنائه على ما فيه ، وقد وقع فى زوائد المسند لعبد الله بن أحمد فى حديث لأبى ابن كعب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها وفرقتها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها » والعفاص يكون على رأس القارورة لسدها وأما الذى يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام ، فحيث يذكر الوعاء مع العفاص فالمراد الأول ، وحيث يذكر العفاص مع الوكاء فالمراد الثانى ، أفاده فى فتح البارى .

وقوله « ولا يكتم » يعنى لا يحل كتم اللقطة إذا جاء لها صاحبها وجاء من أوصافها ما يغلب الظن بصدقه ، والمقصود من معرفة الآلات التى تحفظ

فيها ويلتحق بذلك معرفة جنسها ونوعها وقدرها ، فقد قال النووى : يجمع بين الروايات بأن يكون مأموراً بالمعرفة فى حالتين فيعرف العلامات وقت الالتقاط حتى يعلم صدق واصفها إذا وصفها ، ثم يعرفها مرة أخرى بعد تعريفها سنة إذا أراد أن يتملكها ليعلم قدرها وصفتها إذا جاء بعد ذلك فردها إليه .

قال الحافظ ابن حجر : ويحتمل أن تكون فى الروايتين (يشير إلى رواية البخارى) عرفها سنة ثم عرف عفاصها ووكاءها » ورواية البخارى أيضاً « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » ثم بمعنى الواو فلا تقتضى ترتيبا ، فلا تقتضى تخالفاً يحتاج إلى الجمع ، ويقويه كون المخرج واحداً والقصة واحدة ، وإنما يحسن الجمع بما تقدم لو كان المخرج مختلفاً أو تعددت القصة ، وليس الغرض إلا أن يقع التعرف والتعريف مع قطع النظر عن أيهما يسبق : قال : واختلف العلماء فى هذه المعرفة على قولين أظهرهما الوجوب لظاهر الأمر . وقيل يستحب ، وقال بعضهم : يجب عند الالتقاط ويستحب بعده .

وقال أيضاً فى الفتح عند قوله « ثم عرفها » : محل ذلك المحافل كأبواب المساجد والأسواق ونحو ذلك . قلت : كبرامج الإذاعة المخصصة للأشياء المفقودة كبرنامج طريق السلامة الذى توفر له إذاعة القاهرة عشر دقائق من صباح كل يوم فى زماننا هذا .

قوله (سنة) الظاهر أن تكون متوالية ولكن على وجه لا يكون على جهة الاستيعاب ، فلا يلزمه التعريف بالليل ، ولا استيعاب الأيام بل على المعتاد ، فيعرف فى الابتداء كل يوم مرتين فى طرفى النهار ، ثم فى كل يوم مرة ، ثم فى كل أسبوع مرة ، ثم فى كل شهر مرة ، ولا يشترط أن يعرفها بنفسه ، بل يجوز له توكيل غيره ، ويعرفها فى مكان وجودها وفى غيره . كذا قال العلماء ، وظاهره أن التعريف واجب لاقتضاء الأمر الوجوب ، لاسيما وقد وصف النبى صلى الله عليه وسلم من لم يعرفها بالضلال فى حديث لزيد بن خالد عند أحمد ومسلم « قال : لا يأوى الضالة إلا ضال

ما لم يعرفها » هكذا جاءت (لا يأوى) من الثلاثى اللازم ، وقد يتعدى كما فى هذا الحديث .

وفى المبادرة إلى التعريف خلاف مبناه هل الأمر يقتضى الفور أم على التراخى ؟ وظاهره أنه لا يجب التعريف بعد السنة ، وبه قال الجمهور وادعى صاحب البحر من الزيدية الإجماع ، على أنه وردت رواية عند البخارى عن أبى بن كعب بلفظ : « وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته ثانياً فقال عرفها حولا فلم أجد ، ثم أتيته ثالثاً فقال : احفظ وعاءها وعددها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها فاستمتعت ، فلقيته بعد بمكة فقال : لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحداً » وذكر البخارى الحديث فى موضع آخر من صحيحه فزاد « ثم أتيته الرابعة فقال : اعرف وعاءها الخ » .

قال فى فتح البارى : القائل فلقيته بعد بمكة هو شعبة ، والذى قال لا أدرى هو شيخه سلمة بن كهيل وهو الراوى لهذا الحديث عن سويد عن أبى ، قال شعبة فسمعته بعد عشر سنين يقول : عرفها عاماً واحداً ، وقد بين أبو داود الطيالسى فى مسنده القائل : فلقيته والقائل لا أدرى ، فقال فى آخر الحديث : قال شعبة فلقيت سلمة بعد ذلك فقال لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحداً ، وبهذا يتبين بطلان قول ابن بطال أن الذى شك هو أبى ابن كعب ، والقائل هو سويد بن غفلة وقد رواه عن شعبة عن سلمة بن كهيل بغير شك جماعة ، وفيه ثلاثة أحوال إلا حماد بن سلمة فان فى حديثه عامين أو ثلاثة ، وجمع بعضهم بين حديث أبى هذا وحديث خالد بن زيد المذكور فيه سنة فقط بأن حديث أبى محمول على مزيد الورع عن التصرف فى اللقطة والمبالغة فى التعفف عنها ، وحديث زيد على ما لابد منه .

وجزم ابن حزم وابن الجوزى بأن الزيادة فى حديث أبى غلط ، قال ابن الجوزى : والذى يظهر لى أن سلمه أخطأ فيها ثم ثبت واستمر على عام واحد ، ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه ، لا بما يشك فيه رواية . وقال أيضاً :

يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم عرف أن تعريفها لم يقع على الوجه الذى ينبغى ، فأمر ثانيا باعادة التعريف ، كما قال للمسىء صلاته : « ارجع فصل فإنك لم تصل » .

قال الحافظ ابن حجر : ولا يخفى بعد هذا على مثل أبى مع كونه من فقهاء الصحابة وفضلائهم . قال المنذرى « لم يقل أحد من أئمة الفتوى أن اللقطة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر أربعة أقوال يعرف بها ثلاثة أحوال ، عاما واحداً ، ثلاثة أشهر ، ثلاثة أيام ، وزاد ابن حزم عن عمر قولا خامساً وهو أربعة أشهر .

قال فى الفتح : ويحمل ذلك على عظم اللقطة وحقارتها . وأما قوله فى الحديث « فإن لم تعرف فاستنفقها » فقد قال يحيى بن سعيد الأنصارى : لا أدرى هذا فى الحديث أم هو شىء من عند يزيد مولى المنبعث (وهو الراوى عن زيد بن خالد) كما حكى البخارى ذلك عن يحيى ، وتعقب ابن حجر هذا فى الفتح فقال : شك يحيى هل قوله « ولتكن وديعة عنده » مرفوع أم لا ، وهو القدر المشار إليه بهذا دون ما قبله لثبوت ما قبله فى أكثر الروايات ، وخلوها عن ذكر الوديعة ، وقد جزم يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى كما فى صحيح مسلم بلفظ « فاستنفقها ولتكن وديعة عندك » وكذلك جزم برفعها خالد بن مخلد عن سليمان عن ربيعة عند مسلم ، وقد أشار البخارى إلى رجحان رفعها فترجم باب إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه لأنها وديعة عنده ، والمراد بكونها وديعة أنه يجب ردها فتجوز بذكر الوديعة عن وجوب رد بدلها بعد الاستنفاق ، لا أنها وديعة حقيقة يجب رد عينها ، لأن المأذون فى استنفاقه لا تبقى عينه ، كذا أفاده ابن دقيق العيد قال : ويحتمل أن تكون الواو فى قوله « ولتكن وديعة » بمعنى أو ، أى إما أن تستنفقها وتغرم بدلها ، وإما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجىء صاحبها فتعطيها إياه ويستفاد من تسميتها وديعة أنها لو تلفت لم يكن عليه ضمانها ، وهو اختيار البخارى تبعاً لجماعة من السلف .

فرع روينا عن أحمد وأبى داود عن جابر بن عبد الله قال

« رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصا والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به » وفى إسناده المغيرة بن زياد ، قال المنذرى : تكلم فيه غير واحد ، وفى التقريب : صدوق له أوهام وفى الخلاصة : وثقه وكيع وابن معين وابن عدى وغيرهم .

وقال أبو حاتم : شيخ لا يحتج به ، وفيه جواز الانتفاع بما يوجد فى الطرقات من المحقرات لاسيما إذا كان هـذا الشيء الحقـير مأكولا لما فى حديث أنس الذى ساقه المصنف ، فإنه يجوز أكله ولا يجب التعريف به أصلا كالتمرة ونحوها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد بين أنه لم يمنعه مـن أكل التمرة إلا خشية أن تكون من الصدقة ، ولولا ذلك لأكلها .

وقد روى ابن أبى شيبة عن ميمونة أم المؤمنين « أنهـا وجدت تمـرة فأكلتها وقالت : لا يحب الله الفساد » قال فى الفتح : يعنى أنها لو تركتها فلم تؤخذ فتؤكل لفسدت ثم قال : وجواز الأكل هو المجزوم به عند الأكثر .

وعندنا أن القليل إذ كان يطلب فى العادة وجب التعريف به كالكثير مدة التعريف المنصوص عليها وهى سنة لعموم الأحاديث الواردة . وعند أبى حنيفة أنه يعرف بالقليل ثلاثة أيام . وذلك لحديث يعلى بن مرة مرفـوعا « من التقط لقطة يسيرة حبلا أو درهما أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثة أيام ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام » رواه أحمـد والطبرانى والبيهقى ، وزاد الطبرانى « فإن جاء صاحبها وإلا فليتصدق بها » وفى إسناده عمـر ابن عبد الله بن يعلى ، وقد صرح جماعة بضعفه ، وزعم ابن حزم أنه مجهول وقد دافع عنه ابن حجر وابن رسلان والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **فان عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان :**

(احدهما) تدخل فى ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العـاص ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « فان جاء صـــاحبها والا فهى لك » ولانه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد .

(والثانى) أنه يملكه باختيار التملك ، لما روى فى حديث زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فان جاء صاحبها والا فشانك بها » فجعله الى اختياره ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع . وحكى فيه وجهان آخران :

(أحدهما) أنه يملك بمجرد النية .

(والثانى) يملكه بالتصرف ولا وجه لواحد منهما ، ولا فرق فى ملكها بين الغنى والفقير لقوله صلى الله عليه وسلم « فان جاء صاحبها والا فشانك بها » ولم يفرق لانه مال بعوض فاستوى فيه الغنى والفقير كالملك فى القرض والبيع .

فصـــل فان حضر صاحبها قبل أن يملكها ـ نظـــرت : فان كانت العين باقية ـ وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، لأنها باقية على ملكه، وان كانت تالفة لم يلزم الملتقط ضـــمانها ، لأنه يحفظ لصاحبها ، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط كالوديعة ، وان حضر بعد ماملكها ـ فان كانت باقية ـ وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب عليه بدلها ، وقال الكرابيسى : لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك ، فاذا ملكه لم يلزمه رده ، ولا ضمان بدله كالركاز ، والمذهب الأول ، لما روى ابو سعيد الخدرى « أن عليا كرم الله وجهه وجد ديناراً فجاء صاحبه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أده قال على:قد أكلته،فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذا جاءنا شئ أديناه »» ويخالف الركاز فانه مال لكافر لا حرمة له ، وهذا مال مسلم ، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز . ويلزمه تعريف اللقطة ، فان كانت العين باقية فقال الملتقط : أنا أعطيك البدل ، لم يجبر المالك على قبوله ، لأنه يمكنـــه الرجـوع الى عين ماله ، فلا يجبر على قبول البدل ، وان حضر ـ وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ـ ففيه وجهان :

(أحدهما) يفسخ البيع ، ويأخذ لانه يستحق العين والعين باقية .

(والثانى) لا يجوز له أن يفسخ ، لأن الفسخ حق للعاقد ، فلا يجوز لغيره من غير اذنه ، وان حضر وقد زادت العين ، فان كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة ، وان كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة ، لانه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب) .

الشرح الأحاديث المذكورة فى هذين الفصلين سبق استيفاء الكلام عليها فى الفصل قبلهما .

اما الأحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه : ويأكل اللقطة الغني والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه . وهذا كما قال : يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولا أن يتملكها ويأكلها غنياً كان أو فقيراً . وقال أبو حنيفة : « يجوز ذلك إن كان فقيراً ، ولا يجوز إن كان غنياً أن يتملكها ، ويكون مخيراً بين أمرين : إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة ، وإما أن يتصدق بها » فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد ، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالا بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها » وهو حديث في إسناده عمر بن عبد الله بن يعلى ، قال أبو حنيفة : وهذا نص ، ولأنه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن يختلف فيه حال الغني والفقير كالزكاة ، ولأنه مال مسلم فوجب أن لا يحل إلا لمضطر قياساً على غير اللقطة .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » وهو يقتضي التسوية بين الغني والفقير ، وروى أن أبيّ بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أو مائة دينار فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرفها حولا « فان جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » .

قال الشافعي رضى الله عنه (وأبيّ من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم . ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبي حنيفة) فدل على أن الفقر غير معتبر فيها وأن الغنى لا يمنع منها . وروى عن عطاء ابن يسار عن أبي سعيد الخدري « أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فأمره أن يعرف به ثلاثاً فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : كله حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال علي رضى الله عنه : قد أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكله فانطلق صاحب الدينار وكان يهودياً إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم إذا جاءنا شيء أدناه لك » .

قال الشافعي رضى الله عنه : وعلى ممن يحرم عليهم الصدقة ، لأنه من طينة بنى هاشم ؛ فلو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه ، ولأن كل من كان من أهل الالتقاط جاز أن يرتفق بالأكل والتملق كالفقير ولآن ما ثبت للفقير فى اللقطة ثبت للغنى كالنسك والصدقة ، ولأن كل مال استباح الفقير إتلافه بشرط الضمان استباح الغنى إتلافه بشرط الضمان كالقرض ، ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه ، وقد يجعل المضطر أصلا فيقول : كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضموناً استوى فيه الغنى والفقير كأكل مال الغير للمضطر ،ولأنه استباحة إتلاف مال لغيره لمعنى فى المال فوجب أن يستوى فيه حكم الغنى والفقير كالفحل الصائل ، ولأن كل ما استبيح تناوله عند الإياس من مالكه فى الأغلب استوى فيه حكم الغنى والفقير كالركاز ، ولأن حال اللقطة فى يد واجدها لا يخلو من أن تكون فى حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من مال الغنى والفقير ، أو فى حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى ، أو فى حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير .

ومذهب أبى حنيفة مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة فكان فاسداً ، ثم يقال لأبى حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الأفعال لأن صورها فى الطاعة والمعصية على سواء كالمرائى بصلاته ، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفاً على غير العامل فى استحقاقه أو إحباطه .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « تصدق بها » فمحمول على فرض صحة الرواية على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه ، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة ، لأن الزكاة تملك غير مضمون ببدل ، واللقطة تؤخذ مضمونة ببدل فكان الغنى أحق بتملكها ، لأنه أوفى ذمة ، وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلا .

فــــرع قال الشافعي رضى الله عنه ولا أحب لأحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أميناً عليها ، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه،

وقال أيضاً : ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها ، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها ، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين، فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين .

(أحدهما) أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نص عليه فى هذا الموضع لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها .

(والقول الثانى) أن أخذها واجب وتركها مأثم ، لأنه لما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم .

وقال جمهور أصحابنا : ليس ذلك على قولين ، إنما هو على اختلاف حالين ، فالموضع الذى لا يأخذها إذا كانت يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن يؤدى الأمانة فيها ، والموضع الذى أوجب عليه أخذها إذا كانت فى موضع لا يؤمن عليها ويأخذه غيره ممن لا يؤدى الأمانة فيها ، لما فى ذلك من التعاون ، وعلى كلتا الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أمينا عليها ، بل يدور أخذها بين الاستحباب والوجوب . وحكى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرها أخذها . وروى أن شريحاً مر بدرهم فلم يعرض له وفى هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف . « وقد أخذ أبىّ الصرة » « وأخذ على الدينار » وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهه لهما ، ويجوز أن يكون المحكى عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها ، أو ضعيفاً عن القيام بها . ونحو نكره لغير الأمين عليها والضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها ، وإنما يؤمر به من كان أميناً قوياً ، فلو تركها القوى الأمين حتى هلكت فلا ضمان عليه وإن أساء ، وإن أخذها لزمه القيام بها ، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان ، ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه بخلاف الضوال فى أحد الوجهين لأنه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها . وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها .

فرع وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط فى اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء صاحبها هل يضمنها له أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى

وجوب الرد إن كانت العين موجودة أو البدل إن كانت قد استهلكت . وخالف في ذلك الكرابيسي صاحب الشافعي ووافقه صاحباه البخاري وداود ابن علي الظاهري إمام المذهب المعروف لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة .

ومن أدلة الجمهور مما تقدم من الأحاديث « ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها إلخ » وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها فلا تكتم فهو أحق بها » وفي رواية للبخاري « فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء صاحبها فأدها إليه » أي بدلها لأن العين لا تبقى بعد أكلها . وفي رواية لأبي داود « فإن جاء باغيها فأدها إليه ، وإلا فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء باغيها فأدها إليه » فأمر بأدائها قبل الإذن في أكلها وبعده .

قال الماوردي في الحاوي الكبير : إن الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك إلى أحد أمرين ، إما أن لا يرغب الواجد في أخذها ، وإما أن تدخل المشقة عليه في استدامة إمساكها ، فكان إباحة التمليك لها بعد التعريف أحث على أخذها وأحفظ لها على مالكها لثبوت غرمها في ذمته ، فلا تكون معرضة للتلف ، وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغني والفقير ، ثم مذهب الشافعي لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف ، وتملكها بعد الحول ، لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمي .

فرع إذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واجد من غني أو فقير فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالكا ؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالكا لها بمضي الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه وهذا قول أبي حفص بن الوكيل لأنه كسب على غير بدل فأشبه الركاز والاصطياد .

(والوجه الثاني) أنه يملكها بعد مضي الحول باختيار التملك ، فإن لم يختر التملك لم يملك . وهذا قول أبي إسحاق المروزي ، لأن النبي صلى

الله عليه وسلم قال : « فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » فرد أمرها إلى اختياره ، ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنا . فاقتضى أن لا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له .

(والوجه الثالث) أنه لا يملكها بعد مضى الحول إلا بالاختيار والتصرف ، وهو ما لم يتصرف غير مالك ، لأن التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة .

فإذا صار مالكها بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فمن جاء طالباً لها رجع بها إن كانت باقية ، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدلها ، فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها ، وإن كانت غير ذى مثل رجع لقيمتها حين تملكها ، لأنه إذ ذاك صار ضامناً لها فإن اختلفا فى القيمة فالقول قول متملكها لأنه غارم ، فلو كانت عند مجيء صاحبها باقية لكن حدث منها نماء منفصل رجع بالأصل دون النماء لحدوث النماء بعد ملك الواجد .

فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه إعلامه بها ، ثم ينظر فإن كان ذلك قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كالوديعة . وفى هذه الحال ترد بنمائها متصلا ومنفصلا ، لأن ذلك قبل زمن التملك ، وإن كان بعد تملكها فمؤنة ردها على الواجد دون صاحبها لبقائها على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان جاء من يدعيها ووصفها ، فان غلب على ظنه انها له جاز له أن يدفع اليه ولا يلزمه الدفع ، لانه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة ، فان دفع اليه بالوصف ثم جاء غيره واقام البينة انها له قضى بالبينة لأنها حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف ، فان كانت باقية ردت على صاحب البينة ، وان كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لأنه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن الآخذ لأنه اخذ ماله بغير حق ، فان ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط ، لأنه ان كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع ، وان كان مظلوماً لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه .**

وان ضمن الملتقط ـ نظرت فان كان قد أقر للآخذ بالملك بان قال : هي لك ـ لم يرجع عليه ، لأنه اعترف انه أخذ ماله ، وان صاحب البينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه ، وان لم يقر له ولكنه قال : يغلب على ظنى انها لك فله الرجوع لأنه بان انه لم يكن له ، وقد تلف في يده فاستقر الضمان عليه) .

الشرح قال الشافعي رضى الله عنه : إذا التقط الرجل اللقطة مما لا روح له ما يحمل ويحول،فإذا التقط الرجل لقطة قلت أو كثرت عرفها سنة، ويعرفها على أبواب المساجد والأسواق ومواضع العامة ، ويكون أكثر تعريفه إياها فى الجماعة التى أصابها فيها ، ويعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها وحليتها ويكتب ويشهد عليه ، فإن جاء صاحبها وإلا فهى له بعد سنة ، على أن صاحبها متى جاء غرمها ، وإن لم يأت فهى مال من ماله . وإن جاء بعد السنة وقد استهلكها والملتقط حى أو ميت فهو غريم من الغرماء يحاص الغرماء .

فإن جاء ووقع فى نفسه أنه لم يدع باطلا أن يعطيه ولا أجبره فى الحكم إلا ببينة تقوم عليها كما تقوم على الحقوق ، فإن ادعاها واحد أو اثنان فسواء لا يجبر على دفعها إليهم إلا ببينة يقيمونها عليه ، وقال أيضاً : ونفتى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن ، ووقع فى نفسه أنه صادق أن يعطيه ، ولا أجبره عليه إلا ببينة لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها .

قلت : وصورتها فى رجل ادعى لقطة فى يد واجدها ، فإن أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها ، وإن لم يقم بينة لكن وصفها ـ فإن أخطأ فى صفتها ـ لم يجز دفعها إليه ، وإن أصاب فى جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعت والعدد والوزن ، فإن لم يقع فى نفسه صدقه لم يدفعها إليه ، وإن وقع فى نفسه أنه صادق وأفتيناه بدفعها إليه جوازاً لا واجباً ـ فإن امتنع من الدفع ـ لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك وأحمد : يجبر على دفعها إليه بالصفة استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة . فإن جاء طالبها فادفعها إليه ، فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبينة فى الاستحقاق .

وروى سويد بن غفلة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإن جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها إليه » وهذا نص . قالوا : ولأن كل إمارة غلب بها فى الشرع صدق المدعى جاز أن يوجب قبول قوله كالبينات ، قالوا : ولأن البينات فى الأصول مختلفة ، وما تعذر منها فى الغائب يخفف، كالنساء المنفردات فى الولادة وإقامة البينة على اللقطة متعذر لاسيما على الدنانير والدراهم التى لا تضبط أعيانها فجاز أن تكون الصفة التى هى غاية الأحوال الممكنة أن يكون بينة فيها .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعاواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » فلم يجعل الدعوى حجة ، ولا جعل مجرد القول حجة بينة ، ولأن الصفة للمطلوب من تمام الدعوى ، فلم يجز أن تكون بينة للطالب قياساً على الطلب .

قال الشافعى رضى الله عنه محتجاً عليهم : أرأيت لو وصفها عشرة أيعطونها ، ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بغير عينه ، فرد عليه ابن داود فقال : كما لو ادعاها عشرة وأقام كل واحد منهم بينة عليها ، قسمتها بينهم ، وإن كان صدق جميعهم مستحيلا ، كذلك إذا وصفوها كلهم .

والجواب عن هذا من وجهين (أحدهما) أن كذب المدعى أسقط الدعوى من كذب الشهود ، ألا ترى أن إكذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى وإكذاب الشهود لأنفسهم غيرمبطل للدعوى (والثانى) أن البينة هى أقصى ما يقدر عليه المدعى وأقوى ما يحكم به الحاكم ، فدعت ضرورة الحاكم فى البينة إلى ما لم يدعه من الصفة .

وأما الجواب عن قولهم : اعرف عفاصها ووكاءها فهو أن ذلك منه لا لدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه ، ولكن لمعان هى أخص بمقصود اللقط ، منها أن بينته بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته ونزارته على حفظ ما فيه ووجوده مع كثرته . ومنها أن يتميز بذلك

عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة ، وإن لم يجب ، وعلى هذا المعنى نحمل حديث سويد ابن غفلة الذى جعلوه نصاً .

وأما استدلالهم فنحن ما جعلنا الإمارة على الصدق حجة فى قبـول الدعوى وإنما جعلنا الأيمان بعدها حجة ، وأما استدلالهم بأن البينات فى الأصول مختلفة فصحيح ، وليس فى جميعها بينة تكون بمجرد الصـفة ، ولا يكون تعذر البينة موجباً أن تكون الصفة بينة . ألا ترى أن السـارق تتعذر إقامة البينة عليه ، ولا يكون صفة ما بيده لمدعى سرقته حجة .

فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعه ذلك إذا لم يقع فى نفسه كذبه ، فإن أقام غيره البينة عليها بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين كان مقيم البينة أحق بها من الآخذ لها بالصفة ، فإن كانت باقية فى يد الواصف انتزعت منه لمقيم البينة ، وإن كان قد استهلكها نظـر فى الدافع لها فإن كان قد دفعها بحكم حاكم فلصاحب البينة الخيـار فى الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة ، وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم فلصاحب البينة الخيار فى الرجوع بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الواصف ، فإن رجع بها على الآخذ لها بالصفة فله ذلك لضـمانه لها باليد ، واستحقاق غرمها بالاتلاف ، وقد برىء الدافع لها من الضـمان لوصول الغرم إلى مستحقه ، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع ، لأنه إن كان مستحقا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد وإن كان مظلوما به فالمظلوم بالشىء لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه .

وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط نظر فى الدافع ، فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة ، لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وإن لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة لضمانه لهـا بالاستهلاك وتكون البينة موجبة عليه وله ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجد ضالة لم يخل اما ان تكون فى برية أو بلد، فان كانت فى برية ـ نظرت ، فان كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالابل والبقر والخيل والبغال والحمير ، أو ببعد اثره لسرعته كالظبـاء والأرانب ، أو بجناحه كالحمام والدراج ـ لم يجز التقاطه للتملك ، لما روى زيد بن خالد الجهنى قال : ((سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فغضب واحمرت عيناه . وقال : مالك ولها معها الحذاء والسقاء ، تأكل من الشـجر وترد الماء حتى يأتى ربها ، وسئل عن ضالة الغنم فقـال : خـذها هى لك أو لأخيك أو للذئب)) وهل يجوز أخذها للحفظ ؟ ينظر فيه ، فان كان الواجد هو السلطان جاز ، لأن للسلطان ولاية فى حفظ أموال المسلمين ، ولهذا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال ، فان كان له حمى تركها فى الحمى وأشهد عليها ويسمها بسمة الضوال لتتميز عن غيرها من الأمـوال ، وان لم يكن له حمى ، فان كان يطمع فى مجىء صاحبها ، بان يعرف انها من نعم قوم يعرفهم ، حفظها اليومين والثلاثة ، وان لم يعرف او عرف ولم يجىء صاحبها باعها وحفظ ثمنها ، لأنه اذا تركها احتاجت الى نفقة ، وفى ذلك اضرار .

وان كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان .

(والثانى) لا يجوز لأنه لا ولاية على صاحبها بخلاف السلطان ، فان أخذها للتملك أو للحفاظ ـ وقلنا : انه لا يجوز ـ ضمنها لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب ، وان دفعها الى السلطان ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد .

(والثانى) يبرأ ، وهو المذهب ، لأن للسلطان ولاية على الغائب فى حفظ ما يخاف عليه من ماله ، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالكها ، فاذا أخذها غيره وسلمها اليه برىء من الضـمان ، وان كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الابل والبقـر أخذها ، لحـديث زيد ابن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال فى ضالة الغنـم ((خذها هى لك أو لأخيك أو للذئب)) ولأنه اذا تركها أخذها غيره أو أكلهـا الذئب ، فكان أخذها أحوط لصاحبها ، واذا أخذها فهـو بالخيـار بين أن يمسكها ، ويتطوع بالانفاق عليها ويعرفها حولا ثم يملكها ، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن ، وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها ، لأنه اذا

لم يفعل ذلك احتاج الى نفقة دائمة ، وفى ذلك اضرار بصاحبها ، والامساك اولى من البيع والاكل ، لانه يحفظ العين على صاحبها ويجرى فيها على سنة الالتقاط فى التعريف والتملك ، والبيع أولى من الاكل ، لانه اذا اكل استباحها قبل الحول ، واذا باع لم يملك الثمن الا بعد الحول ، فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة ، فان اراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه ، لانه موضع ضرورة ، وان قدر على الحاكم ففيه وجهان :

(احدهما) لا يبيع الا باذنه ، لأن الحاكم له ولاية ، ولا ولاية للملتقط .

(والثانى) يبيع من غير اذنه لأنه قد قام مقام المالك فقام مقامه فى البيع ، وان اكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمه ، لأن كل حالة جاز أن يستبيح اكل اللقطة لم يلزمه عزل البدل كما بعد الحول ، ولأنه اذا لم يعزل كان البدل فرضاً فى ذمته ، واذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الأمانة .

(والثانى) يلزمه عزل البدل لأنه أشبه باحكام اللقطة ، فان من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول ، وفرضاً بعد الحول ، فيصير البدل كاللقطة أن شاء حفظها له وان شاء عرفها ثم تملك .

وان أفلس الملتقط كان صاحبها احق بها من سائر الفرماء ، وان وجد ذلك فى بلد ، فقد روى المزنى أن الصغار والكبار فى البلد لقطة ، فمن أصحابنا من قال : المذهب ما رواه المزنى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما فرق بين الصغار والكبار فى البرية لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها ، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك ، وأما فى البلد فالكبار كالصغار فى الخوف عليها ، فكان الجميع لقطة . ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر أن البلد كالبرية ، فالصغار فيه لقطة ، والكبار ليست بلقطة لعموم الخبر ، فان قلنا : ان البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه الا فى الأكل ؛ فله أن يأكل الصغار فى البرية ، وليس له اكلها فى البلد ، لأن فى البرية اذا لم يأكل الصغار هلكت ، لأنه لا يمكن بيعها ، وفى البلد يمكن بيعها ، فلم يجز الأكل ، وان قلنا : أن الجميع فى البلد لقطة فالحكم فى الكبار كالحكم فى الصغار فى البرية الا فى الأكل ، فانه لا يأكل فى البلد ويأكل الصغار فى البرية لما ذكرناه .

فصل وان وجد عبداً صغيراً لا تمييز له أن يلتقطه ، لأنه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه ، وان وجد جارية صغيرة لا تمييز لها ، فان كان لا يحل

له وطؤها جاز له أن يلتقطها للتملك ، كما يجوز أن يقترضها ، وإن كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها) .

الشرح حديث زيد بن خالد الجهني متفق عليه ، وقد مضى الكلام عليه في الفصل قبله .

أما الأحكام فإن ضوال الحيوان إذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين ، إما أن توجد في صحراء أو في مصر ، فإن وجدت في صحراء فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون مما يصل بنفسه إلى الماء والرعى ، ويدفع عن نفسه صغار السباع ، إما لقوة جسمه كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير . وإما لبعد أثره كالغزال والأرنب والطير ، فهذه الأنواع كلها لا يجوز لواجدها أن يتعرض لأخذها إذا لم يعرف مالكها لقوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الإبل : « مالك ولها معها حذاؤها » أي خفها الذي يقيها العثرات وتعتمد عليه في السعي إلى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام إليها ، ومعها سقاؤها ، إشارة إلى طول عنقها ، فتمد عنقها إلى الماء فلا تحتاج إلى من يقدمه لها . ولذا قال : ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتي ربها . ولأنها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ في أخذها فإن أخذها لم يخل من أحد أمرين ، إما أن يأخذها لقطة ليتملكها إن لم يأت صاحبها فهذا متعد وعليه ضمانها ، فإن أرسلها لم يسقط الضمان .

وقال أبو حنيفة ومالك : قد سقط الضمان عنه بالإرسال بناء على أن من تعدى في وديعة ثم كف عن التعدي فعندهما يسقط عنه الضمان ، وعند الشافعي وأصحابه لا يسقط ، فان لم يرسلها ودفعها إلى مالكها فقد سقط عنه ضمانها بأدائها إلى مستحقها ، وإن دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك ففي سقوط الضمان وجهان :

(أحدهما) قد سقط لأن الحاكم نائب عمن غاب .

(والثاني) لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه .

(والأمر الثانى) أن لا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظا لها على مالكها فإن كان عارفاً بمالكها لم يضمن ويده يد أمانة حتى تصل إلى المالك . وإن كان غير عارف للمالك ففى وجوب الضمان وجهان :

(أحدهما) لا ضمان لأنه من التعاون على البر والتقوى .

(والوجه الثانى) عليه الضمان لأنه لا ولاية له على غائب ، فان كان والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه ، فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين . فهذا حكم أحد الضربين .

(والضرب الثانى) ما لا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعى كالغنم والدجاج ، فلو أخذه وأكله فى الحال من غير تعريف ، غنياً كان أو فقيراً فعليه غرمه لمالكه إذا وجده ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وداود : هو غير مضمون عليه ويأكله أكل إباحة ولا غرم عليه فى استهلاكه استدلالا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن ، وإنما أراد بيان حكم الآخذ فى سقوط الضمان ، ولأن ما استباح أخذه أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدراهم .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها ، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياساً على اللقطة فى الأموال ، ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم ، وأما الركاز فإنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه ، وليس كذلك الشاة ، لأن ردها واجب فصار غرمها واجباً . فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه فكذلك صغار الإبل والبقر ، لأنها لا تمنع

عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال واجد الشاة وما فى معناها من أربعة أحوال .

(أحدها) أن يأكلها فيلزمه غرم قيمتها قبل الذبح عند الأخذ فى استهلاكها ويكون ذلك مباحاً لا يأثم به وإن غرم .

(والحال الثانية) أن يتملكها ليستبقيها حية لدر أو نسل فذلك له ؛ لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها فأولى أن يستبيح تملكها مع استبقائها. ثم فى صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجا ، وفى الاختلاف قولان فى ضمان الصداق ، أحدهما أنه ضامن لقيمتها أكثر ما كانت من حين وقت التملك إلى وقت التلف ، فإن جاء صاحبها وهى باقية وقد أخذ الواجد درها ونسلها كان الدر والنسل للواجد لحدوثه على ملكه ، وللمالك أن يرجع بها دون قيمتها ، فإن بذل له الواجد قيمتها لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز . فلو كانت الشاة حين رجع بها المالك زائدة فى بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق فى الزيادة وكانت للمالك تبعاً للأصل ، ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد لأنها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالنقص .

(والحال الثالثة) أن يستبقيها فى يديه أمانة لصاحبها فذلك له ، لأنه لما جاز أن يتملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها ولا يلزمه تعريفها ، لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه ، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها ، بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه ، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت لأن يده يد أمانة كالعرف .

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر إنه يضمنها لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان ، وهذا القول فيما حدث من درها ونسلها على المذهب لا يضمنه . وعلى هذا الوجه يضمنه ، فإن أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها ، فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها ، وإن كان مع عدم الحمى ، فإن كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق ، وإن كان عن غير إذنه ؛

فإن كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها وإن لم يقدر على استئذانه ، فإن لم يشهد لم يرجع . وإن أشهد ففى رجوعه بها وجهان (أحدهما) يرجع للضرورة (والثانى) لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه فلو أراد بعد إمساكها أمانة ، أن يتملكها ففى جوازه وجهان : (أحدهما) له ذلك كالابتداء (والثانى) ليس له ذلك لاستقرار حكمها .

فأما إن أراد أن يتملك درها ونسلها من غير أن يتملك أصلها لم يكن له ذلك وجهاً واحداً ؛ لأنه فرع يتبع أصله ، فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة لزمه الضمان إلا أن يرفعها إلى حاكم فلا يضمن .

ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها لم يسقط عنه ضمانها . وفى ارتفاع ملكه عنها وجهان :

(أحدهما) لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول المتملك ، فعلى هذا يكون مالكا لما حدث من درها ونسلها لبقائها على ملكه .

(والوجه الثانى) يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لمالكها، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها ، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملكا لربها تبعاً لأصلها وعليه ضمانه كالأصل .

(والحال الرابعة) أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضامنا بقيمتها دون ثمنها ، وفى هذه الحال تفصيل مضى للمصنف فى فصل مضى . قال المزنى فيما وصفه بخطه : إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت فى المصر أو فى قرية فهى لقطة يعرفها سنة .

فـــرع قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم إذا وجدها فى الصحراء ، فأما إذا وجدها فى البلد أو المصر فالذى حكاه المزنى فيما وجده بخط الشافعى أنها لقطة ، له أخذها وعليه تعريفها حولا . وحكى عن

الشافعى فى الأم أنها فى المصر والصحراء سواء ، يأكل الغنم ولا يعـرض للإبل ، فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحـدهما) أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للإبل ، وهى المحكى فى الأم لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « ضالة المؤمن حرق النار » أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبرانى والطحاوى من حديث عبد الله بن الشخير .

(والقول الثانى) أنها لقطة يأخذها الغنم والإبل جميعاً ، ويعرفها كسائر اللقطة حولا كاملا ، وهو الذى حكاه المزنى عنه فيما لم يسمع منه ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم فى ضوال الإبل : « معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر » يختص بالبادية التى يكون فيهـا الماء والشجر دون المصر ، وهى تمنع صغار السباع عن أنفسها فى البادية ، ولا تقدر على منع الناس فى المصر ، والشاة تؤكل فى البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلهـا فى المصر ، فاختلف معناهما فى البادية والمصر فاختلف حكمهما .

ومن أصحابنا من يحمل جواز أحدهما على تسليمها إلى الإمام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك . هذا وبقية ما جاء فى الفصل على وجهه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **وان وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبـل الحـول فان عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به ، لأن الانتفـاع بالكلب كالتصرف فى المال ، والتصرف فى المال يقف على التعريف فى الحول ، فكذلك الانتفاع بالكلب .**

فصـــــل **وان وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البدل ، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه فى الغنم فى بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله ، وخرج المزنى فيه قولا آخـر أنه يلزمه البيع ، ولا يجوز الأكل ، والمذهب الأول ، لأنه معرض للهـلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم ، وان وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصـل الى حفظه كالرطب والعنب ـ فان كان الأنفع لصاحبه أن يباع ـ بيع ، وان كان**

الانفع ان يجفف جفف ، وان احتاج الى مؤنة فى تجفيفه ولم يوجد من يتطوع بيع بعضه وانفق عليه .

فصل وان وجد خمرا اراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها ، لان اراقتها مستحقة فلم يجز التعريف ، فان صارت عنده خلا ففيه وجهان :

(احدهما) أنها لمن أراقها لانها عادت الى الملك السابق ، والملك السابق للذى أراق ، فعاد اليه كما لو غصبه من رجل فصار فى يده خلا .

(والثانى) انه للملتقط لأن الأول أسقط حقه منها فصارت فى يد الثانى ، ويخالف المغصوبة لانها أخذت بغير رضاه فوجب ردها اليه .

فصل فاما العبد اذا وجد لقطة ففيه قولان (احدهما) له ان يلتقط لانه كسب بفعل فجاز للعبد كالاصطياد . (والثانى) لا يجوز لان الالتقاط يقتضى ولاية قبل الحول وضمانا بعد الحول والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفى منها الحق الى ان يعتق ويوسر .

(فان قلنا) انه يجوز ان يلتقط فالتقط فهلك فى يده من غير تفريط لم يضمن ، وان هلك بتفريط ضمنها فى رقبته فتباع فيها ، وان عرفها صح تعريفه ولا يملك به لانه فى احد القولين لا يملك المال ، (وفى الثانى) يملك اذا ملكه السيد ، وههنا لم يملكه السيد (فان قلنا) ان الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل فى ملك السيد كما يدخل فى ملكه ما التقطه وعرفه ، وان قلنا : لا يملك الا باختيار التملك وقف على اختياره ، فان تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان :

(أحدهما) يضمنها فى ذمته ويتبع بها اذا عتق كما لو اقترض شيئا .

(والثانى) يضمنها فى رقبته لانه مال لزمه بغير رضا من له الحق ، فتعلق برقبته كأرش الجناية .

وان علم السيد ـ نظرت فان لم يكن عرفها العبد ـ عرفها السيد حولا ثم تملك وان عرفها العبد تملكها السيد فى الحال لأن تعريف العبد كتعريفه ، فان عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقى ثم تملك ، وان اقرها فى يد العبد ـ نظرت ، فان كان العبد أمينا ـ لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه الى عبده ، وان كان خائنا ضمنها ، كما لو التقطها بنفسه وسلمها اليه وهو خائن .

(وان قلنا) : انه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها فى رقبته لأنه اخذ مال غيره بغير حق فاشبه اذا غصبه ، وان عرفها لم يصح تعريفه لأنها ليست فى يده بحكم اللقطة ، فان علم السيد ـ نظرت ، فان اخذها ـ صارت فى يده امانة لأنه اخذ ما يجوز له اخذه بحكم الالتقاط ، فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها ، ويبرأ العبد من الضمان لأنه دفعها الى من يجوز الدفع اليه ، فبرىء من الضمان كما لو دفعها الى الحاكم .

وان اراد أن يتملك ابتدأ التعريف ثم تملك ، فان اقرها فى يد العبد ليعرفها فان كان أمينا لم يضمن كما لو استعان به فى تعريف ما التقطه بنفسه . وان لم ياخذها ولا اقرها فى يده ولكنه اهملها ، فقد روى المزنى أنه يضمنها فى رقبة العبد . وروى الربيع انه يضمنها فى ذمته ورقبة العبد ، فمن اصحابنا من قال : الصحيح ما رواه المزنى انه يختص برقبته لأن الذى اخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان .

وقال أبو اسحاق : الصحيح ما رواه الربيع وانه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد ، لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك ، فاشتركا فى الضمان ، فعلى هذا ان تلف العبد لم يسقط الضمان ، وان التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى اعتقه ، فعلى القولين ، ان قلنا : انه يجوز للعبد أن يلتقط كان للسيد أن ياخذها منه لأنه كسب له حصل له فى حال الرق فكان للسيد كسائر أكسابه ، وان قلنا : لا يجوز له أن يلتقط لم يكن للسيد ان ياخذها منه ، لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط ، فعلى هذا يكون العبد أحق بها لأنها فى يده وهو من أهل الالتقاط (١) ، ويحتمل أن لا يكون أحق بها لأن يده يد ضمان فلا تصير يد امانة .

فصـــل وان وجد المكاتب لقطة فالمنصوص انه كالحر ، واختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : انه كالحر قولا واحداً لأنه يملك التصرف فى المال وله ذمة يستوفى منها الحق فهو كالحر ، ومنهم من قال : هو كالعبد لأنه ناقص بالرق كالعبد فيكون فى التقاطه قولان ، فان قلنا : انه كالحر أو قلنا : انه كالعبد وجوزنا التقاطه صح تعريفه فاذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك ، واذا قلنا : انه كالعبد ولم تجوز التقاطه صار ضامناً لأنه تعدى بالأخذ ، ويجب أن يسلمها الى السلطان لأنه لا يمكن اقرارها فى يده لأنها فى يده بغير حق ولا يمكن تسليمها الى السيد لأنه لا حق له فى أكسابه ، فوجب تسليمها الى السلطان فان اخذها السلطان برىء المكاتب من الضمان ، فتكون فى يد السلطان ابداً الى أن يجد صاحبها .

---

(١) هكذا بالأصل ولينظر فيه فانه جعله من غير أهل الالتقاط اهـ مصححه .

فصـــل وان وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص انه كالحر فمن اصحابنا من قال : هو كالحر قولا واحداً لانه تملك ملكا تاما وله ذمة صحيحة فهو كالحر ، ومنهم من قال هو كالعبد القن لما فيه من نقص الـرق فيكون على قولين ، فاذا قلنا : انه كالحر ـ نظـرت . فان لم يكن بينه وبين السيد مهاياة ـ كانا شريكين فيها كسائر اكسابه ، وان كان بينهـما مهاياة ، فان قلنا : ان الكسب النادر لا يدخل فى المهاياة كانت اللقطة بينهما لانه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهاياة ، وان قلنا : ان الكسب النادر يدخل فى المهاياة كانت اللقطة لمن وجدها فى يومه .

فصـــل وان وجد المحجور عليه لسفه او جنون او صغر لقطة صح التقاطه لانه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد وعلى الناظر فى امره أن ينتزعها منه ويعرفها لان اللقطة فى مدة التعريف امانة والمحجور عليه ليس من اهل الأمانة ، فان كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له ، وان كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له ، لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض فى ضمان البدل .

فصـــل وان وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لانه لا يؤمن ان لا يؤدى الأمانة فيها فان التقطها ففيه قولان :

(احدهما) لا تقر فى يده وهو الصحيح لأن الملتقط قبل الحول كالولى فى حق الصغير . والفاسق ليس من أهل الولاية فى المال .

(والثانى) تقر فى يده لأنه كسب بفعل فاقر فى يده كالصيد ، فعلى هـذا يضم اليه من يشرف عليه ، وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف ؟ فيه قولان :

(احدهما) يجوز لأن التعريف لا يفتقر الى الامانة .

(والثانى) لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لأنه لا يؤمن ان يفرط فى التعريف فاذا عرفه ملكه لأنه من أهل التملك .

فصـــل وان التقط كافر لقطة فى دار الاسلام ففيه وجهان :
(أحدهما) يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد .

(والثـانى) لا يمـلك لأن تصرفه فى الحفظ والتعريف بالولاية والـكافر لا ولاية له على المسلم) .

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه : فإن كانت اللقطة طعاماً رطباً لا يبقى فله أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه . وقال فيما وضع خطه لا أعلمه سمع منه إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه . قال المزني : هذا أولى القولين به اهـ .

قلت : أما الطعام الرطب فضربان (أحدهما) أن يكون مما ييبس فيبقى كالرطب الذي يصير تمراً ، والعنب الذي يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام في وجوب تعريفه واستبقائه ، فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه ، ويفعل الحاكم أحفظ الأمرين للمالك من بيعه أو الإنفاق عليه .
(والضرب الثاني) أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذي يفسد بالإمساك

كالهريسة والفواكه والبقول التي لا تبقى على الأيام ، فقد حكى المزني عن الشافعي ههنا أنه قال في موضع : يأكله الواجد ، وقال في موضع آخر : أحببت أن أبيعه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي ابن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجونه على قولين :

(أحدهما) لواجده أكله كالشاة التي لما تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها .

(والقول الثاني) ليس لواجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيح له أكلها ، والطعام وإن كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح واجده أكله ، وحكى أبو علي ابن أبي هريرة أن ذلك على اختلاف حالين إن كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لواجده أكله ، وإن كان معدوماً جاز أكله .

وكان أبو القاسم الصيمري يقول : اختلاف حاليه في إباحة أكله معتبر بحال واجده ، فإن كان فقيراً محتاجا استباح أكله ، وإن كان غنياً لم يستبحه ، فإن قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولا ، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا ؟ على قولين .

(أحدهما) يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملك اللقطة .

(والقول الثانى) لا يجب عليه عزلها لأنه لو عزلها فهلكت كانت من ماله ، فكانت ذمته أحظ لها ، ولم يكن عزلها مفيداً ، ومن قال بالأول جعل فائدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء ، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار فى ضمانه للثمن إن تلف بعد وجوب عزله وجهين :

(أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة أنه يكون مضموناً عليه .

(والثانى) هو الأشبه : أنه لا ضمان عليه لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الأصل مع بقائه .

وإذا قلنا : لا يجوز أكله فعليه أن يأتى الحاكم حتى يأذن له فى بيعه ، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلا من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه ، فإن أعوزه إذن الحاكم جاز بيعه فلو باعه بإذن الحاكم كان الثمن فى يده أمانة ، وعليه تعريف الطعام حولا ، فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة ، ولو لم يأت صاحبه فللواجد أن يتملك الثمن . ولو هلك الثمن فى يده قبل الحول أو بعده وقبل التملك له كان تالفاً من مال ربه ولا ضمان على الملتقط ، وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم .

فأما إن باعه مع وجود الحاكم فبيعه باطل وللمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد ، فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول عليه غرمه لتعديه بقبضه مع فساد بيعه ، فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبلغ حقه ، وإن كان أقل فله المطالبة بتمام القيمة ويرجع على المشترى لأن المشترى اشترى شراء فاسداً فكان ضامناً للقيمة دون المسمى إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة ويكون الباقى منه مردوداً على المشترى ، إذ ليس يلزمه إلا القيمة ، وما ساقه المصنف من مسائل

فعلى وجهه ، هذا وما ذكر فى الفصل من كلب الصيد إذا التقط فقد وفاه فى الصيد فاشدد به يديك .

فـــرع مذهبنا لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعـريف والتملك بعد الحول لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمى .

وقال بعض أصحابنا : لا حق للذمى فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم ، ولا ممن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات . ولأحمد وأصحابه أنه كالصبى والمجنون فإنه يصح التقاطهما مع عدم الأمانة ، فإذا التقطها الذمى وعرفها حولا ملكهـا كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها فى يده وضم إليه مشرفاً عدلا (حارساً) يشرف عليه ويعرفها قالوا لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل فى التعريف بشىء من الواجب عليه فيه ، ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمى وتوضع على يد عدل ، لأنه غير مأمون عليها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب اللقيط

(التقاط المنبوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » (١) ولأنه تخليص آدمى له حرمة من الهلاك فكان فرضا كبذل الطعام للمضطر .

فصل وان وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته ، لما روى سنين أبو جميلة قال « اخذت منبوذاً على عهد عمر رضى الله عنه فذكره عريفى لعمر رضى الله عنه فأرسل الى فدعانى والعريف عنده ، فلما رآنى قال : عسى الغوير ابؤسا ، فقال عريفى : انه لا يتهم ، فقال عمر : ما حملك على ما صنعت ؟ قلت : وجدت نفسا بمضيعة فأحببت أن يأجرنى الله فيه ، فقال : هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه » ولأن الأصل فى الناس الحرية ، فان كان عليه ثياب او حلى أو تحته فراش أو فى يده دراهم أو عنان فرس ، أو كان فى دار ليس فيها غيره فهى له ، لأنه حر ، فكان ما فى يده له كالبالغ وان كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لأنه لا يد له عليه . وان كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان .

(احدهما) ليس له لأنه لا يد له عليه .

(والثانى) له لأن الانسان قد يترك ماله بقربه فاذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له ، وان كان تحته مال مدفون لم يكن له لأن البالغ أو جلس على الأرض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك اللقيط .

فصل وان وجد فى بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم ، لانه اجتمع له حكم الدار واسلام من فيها ، وان كان فى بلد الكفار ولا مسلم فيه ، فهو كافر ، لان الظاهر انه ولد بين كافرين وان كان فيه مسلم ففيه وجهان :

---

(١) الآية : ٢ من سورة المائدة .

(احدهما) انه كافر تغليبا لحكم الدار .

(والثانى) آنه مسلم تغليباً لاسلام المسلم الذى فيه . وان التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر اقر فى يده ، لما ذكرناه من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه لابد من ان يكون فى يد من يكفله ، فكان الملتقط احق به لحق السبق) .

الشرح أثر عمر وسنين أبى جميلة رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهرى سمع سنيناً أبا جميلة بهذا . وقال الأمير ابن ماكولا فى كتاب الإكمال : سنين بنونين بينهما ياء حج مع النبى صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، وروى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، وروى عنه الزهرى قال أبو موسى : سنين بن فرقد ، وهو بالتصغير .

أما غريب الخبر فقوله (قد كره عريفى) العريف رجل يكون رئيساً على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو ، وهو فعيل بمعنى فاعل وقوله « عسى الغوير أبؤساً » الغوير ماء لبنى كلب وهذا مثل ، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر حين رأت الإبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت عسى أن يأتى ذلك الطريق بشر ، والأبؤس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس .

وقال الأصمعى : أصله أنه كان غار فيه ناس فانهار عليهم أو أتاهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلا لكل شيء يخاف أن يأتى منه شر . وقوله بضيعة على وزن معيشة أى مهلكة من ضاع الشيء أى هلك ، وقد أتى على هذا الوزن فى قول قيس بن ذريح :

بدار مضيعة تركتك لبنى   كذلك الحين يهدى للمضاع

هكذا أفاده ابن بطال فى شرح غريب المهذب :

واللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط ، وهو يطلق على الطفل المنبوذ والتقاطه واجب لقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى »[1] ولأن فيه إحياء نفس فكان واجباً كإطعام المضطر وإنجائه من الغرق ، وكذلك

(١) الآية : ٢ من سورة المائدة .

قوله تعالى : « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً »[1] على أن تسميته منبوذاً بعد أخذه والتقاطه أو تسميته لقيطاً قبل أخذه فهذا وإن كان مجازاً لكنه صار حقيقة شرعية فهو بعد أخذه يبقى مجازاً بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه .

وحكمه شرعا فرض كفاية إذا علم به جماعة وأداه بعضهم سقط عن الباقين ، فإن تركه الجماعة أثموا جميعاً إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه . على أن اللقيط حر فى قول عامة أهل العلم إلا النخعى .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، وروى هذا عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبى والحكم وحماد ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل وأصحاب الرأى ومن تبعهم .

وقال النخعى : إن التقطه للحسبة فهو حر ، وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح فى النظر ، فإن الأصل فى الآدميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً ، وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل .

واللقيط إما أن يوجد فى دار الإسلام أو فى دار الكفر : فالأولى ضربان ، دار اختطها المسلمون وأحدثوا مبانيها ابتداء أو أعادوا بناءها بعد أن كانت لغيرهم لغلبة الإسلام عليها واصطباغها بصبغة الإسلام فلا يوجد فيها من غير المسلمين إلا قليل فلقيط هذه البلاد يحكم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل ذمة تغليباً للإسلام ولظاهر الدار ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، فمثل التى أنشأها المسلمون الكوفة والبصرة وبغداد والقاهرة والفسطاط والعسكر والقطائع وتونس والرباط ، ومثل التى أعادها المسلمون الأسكندرية ودمشق ودمنهور والقدس صانها الله وطهرها من رجس أعدائه اليهود،وقد مضى عام بتمامه منذ غزاها اليهود إلى ساعة كتابة هذا الفصل[2] وحسبنا الله ونعم الوكيل .

---

(١) الآية : ٣٢ من سورة المائدة .
(٢) كان غزو اليهود للقدس وسيناء فى سنة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م .

(الضرب الثانى) بلاد فتحها المسلمون وبقى أهلها على دينهم فإذا وجد فيها مسلم واحد كان لقيطها مسلما تغليباً لحكم الإسلام ووجود مسلم فيها .

وأما بلد الكفار فضربان أيضاً ، بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كبلاد فلسطين فهذا كالضرب الذى قبله إن كان فيه مسلم حكم بإسلام لقيطه (الثانى) بلد لم يفتحه المسلمون من قبل أو فتحوه وغلب الكفار عليه واستأصلوا منه شأفة المسلمين كبلاد الأندلس (لهفى على قرطبة ومرسيه وقشتالة وغرناطة ومجريط « مدريد » وميورقة كلهفى على ربوع المسجد الأقصى وما حوله من المباركات) ففى لقيطها مع وجود مسلم فيها وجهان :

(أحدهما) أن يحكم بكفره تغليباً للدار .

(والوجه الثانى) أنه مسلم تغليباً للإسلام بوجود مسلم فيه ، وهذا التفصيل كله مذهب أحمد بن حنبل أيضاً .

(والضرب الثانى) دار لم تكن للمسلمين أصلا كأكثر بلاد أوربا وأمريكا ، فهذه البلاد إن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد فى بلاد المسلمين ميتاً فى أى مكان وجد وجب غسله وكفنه ودفنه فى مقابر المسلمين، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين فى مقابر المسلمين . قال : إذا وجد لقيط فى قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر . هذا قول الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى .

قالوا : وفى الموضع الذى حكمنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهراً لا يقيناً، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بينة أنه ولد على فراشه حكمنا له به . وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو مسلم ، سواء ممن حكم بإسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه فهل هل مرتد لا يقر على كفره ؟ نص الشافعى فى الأم

أنه يقر على كفره ولا يكون مرتداً . وقال أبو حنيفة : هو مرتد لا يقر على كفره ، وعند الحنابلة وجهان كقولى أبى حنيفة والشافعى .

ودليلنا : أنه وصف الكفر بقوله ، وقوله أقوى من ظاهر الدار . اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال أن يكون كذبا . هكذا أفاده الرملى فانظره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كان له مال كانت نفقته فى ماله كالبالغ ، ولا يجوز للملتقط ان ينفق عليه من ماله بغير اذن الحاكم ، فان انفق عليه من غير اذنه ضمنه لانه لا ولاية له عليه الا فى الكفالة فلم يملك الانفاق بنفسه كالام ؛ وان فوض اليه الحاكم ان ينفق عليه مما وجده معه فقد قال فى كتاب اللقيط : يجوز .**

وقال فى كتاب اللقطة : اذا انفق الواجد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى يدفع الى الحاكم ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليه ، فمن اصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى ، وجعلهما على قولين :

(احدهما) لا يجوز لانه لا يلى بنفسه فلم يجز ان يكون وكيلا لغيره فى القبض له من نفسه ، كما لو كان عليه دين ففوض اليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه .

(والثانى) يجوز لانه جعل اميناً على الطفل فجاز ان ينفق عليه مما له فى يده كالوصى . ومنهم من قال : يجوز فى اللقيط ولا يجوز فى الضالة ، لان اللقيط لا ولى له فى الظاهر ، فجاز ان يجعل الواجد ولياً له والضالة لها مالك هو ولى عليها فلا يجوز ان يجعل الواجد ولياً عليها ، وان لم يكن حاكم فانفق من غير اشهاد ضمن ، وان اشهد ففيه قولان :

(احدهما) يضمن لانه لا ولاية له فضمن ، كما لو كان الحاكم موجوداً .

(والثانى) لا يضمن لانه موضع ضرورة ، وان لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لانه آدمى له حرمة يخشى هلاكه ، فوجب على السلطان القيام بحفظه ، كالفقير الذى لا كسب له .

ومن أين تجب النفقة ؟ .

(احدهما) من بيت المال ، لما روى عن عمر رضى الله عنه « انه استشار الصحابة فى نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال » ولأن من لزم حفظه بالانفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال ، كالفقير الذى لاكسب له . فعلى هذا لا يرجع على أحد بما انفق عليه .

(والقول الثانى) لا يجب من بيت المال ، لان مال بيت المال لا يصرف الا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه ، أو حراً له مال او فقيراً له من تلزمه نفقته ، فلم يلزم من بيت المال . فعلى هذا يجب على الامام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال او من رجل من المسلمين ، فان لم يكن فى بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الامام من له مكنة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته، فان بان أنه عبد رجع على مولاه. وان بان ان له أباً موسراً رجع عليه بما اقترض له ، فان لم يكن له احد وله كسب رجع فى كسبه . وان لم يكن له كسب قضى من سهم من ترى من المساكين او الغارمين .

فصـــل وأما اذا التقطه عبد فان كان باذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز لأن الملتقط هو السيد ، والعبد نائب عنه وان كان بغير اذنه لم يقر فى يده لانه لا يقدر على حضانته مع خدمة السيد ، وان علم به السيد واقره فى يده كان ذلك التقاطاً من السيد ، والعبد نائب عنه) .

الشرح إذا وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه ، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى ، وذلك الطفل يملك وله يـد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشترى له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ .

اذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له فى الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدوداً فى ملبوسه أو فى يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التى تحته والتى عليه ، وإن كان مشدوداً على دابة ، أو كانت مشدودة فى ثيابه أو كان فى خيمة أو فى دار فهى له . وأما المنفصل عنه فإن كان بعيداً منه فليس فى يده ، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان :

(أحدهما) ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد.

(والثانى) هو له، وهو أصح لأن الظاهر أنه ترك له فهو بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون فى يده، ألا ترى أن البائع الجائل يقعد فى السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه فى يده؟ والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه فأما المدفون تحته فقد قال بعض الفقهاء: إن كان الحفر طريا فهو له، وإلا فلا، لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال، لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا، فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشدة واضعه فى ثيابة ليعلم به، ولم يتركه فى مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وما هو له أنفق عليه منه، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لأنه ذو مال فأشبه غيره من الناس.

اذا ثبت هذا فإن للملتقطه الإنفاق عليه بإذن الحاكم وقال أصحاب أحمد: ينفق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة.

قال ابن قدامة: لأنه ولى له فلم يعتبر فى الإنفاق عليه فى حقه إذن الحاكم كوصى اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر. وروى أبو الحارث عن أحمد رضى الله عنه فى رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له، هل ينفق عليهم؟ فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم، فقد قال بعض أصحاب أحمد: هذا مثله. وقال بعضهم وهو الصحيح عندهم: إن هذا مخالف بناء على الملتقط له ولاية على اللقيط عندهم فيكون له ولاية أخذه وحفظه.

ولنا أن اللقيط ينبغى أن يتولى الحاكم أمره فقد يعين له من هو أوفر خبرة وأكثر صيانة والحاكم مجتهد له بصره النافذ ورأيه الصائب وهو ولى من لا ولى له فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله الذى وجده ضمنه لأنه لا حق له فى الإنفاق إلا بإذن الحاكم فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى رواية

الربيع بن سليمان فى المنبوذ هو حر ولا ولاء له ، وإنما يرثه المسلمون بأنهم خولوا كل مال لا مالك له ، ألا ترى أنهم يأخذون مال النصرانى ولا وارث له ؟ ولو كانوا أعتقوه لم يأخذوا ماله بالولاء ، ولكنهم خولوا ما لا مالك له من الأموال ا هـ .

وقال فى اللقطة ما يفيد عدم جواز الإنفاق على الضالة بقصد الرجوع به على ربها إلا بإذن الحاكم ، ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه ، ففى النص الأول جعل للمسلمين جميعاً حق الولاية والإرث على اللقيط وماله ، وفى النص الثانى جعل ذلك بإذن الحاكم ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل مسألة إلى الأخرى فجعل فى اللقطة قولين وفى اللقيط قولين ، فالقول بجواز اللقطة يمنعه فى اللقيط ، والقول فى اللقيط يمنعه فى اللقطة . فإذا لم يجد الحاكم فأشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أربع نسوة ، ففى ضمانه قولان :

أما إذا لم يكن له مال لم يلزم الملتقط الإنفاق عليه فى قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ، وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك نفقة كما لو كان فعله بغير اللقيط ، فإذا عرف هذا وكان نسمة يجب تعهدها بالتربية والإنفاق انصرف هذا الواجب إلى بيت مال المسلمين ، لقول عمر رضى الله عنه : هو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته ، وذلك لأنه كالفقير الذى لا كسب له فإن نفقته واجبة له فى بيت مال المسلمين ، وذلك لأن بيت المال وارثه ؛ وماله مصروف إليه فتكون نفقته عليه كقرابته وموالاته .

فإن تعذر الإنفاق عليه لعدم وجود مال فى بيت المال أو كان اللقيط فى مكان لا تقوم فيه حكومة تنفذ شريعة الله وترعى العجزة والفقراء واللقطاء فعلى من علم حاله أن يتولى الإنفاق عليه .

ويحتمل أن يقال : إنه لا يجب الإنفاق عليه من بيت المال ولو كان

موجوداً وفيه مال ، لأن بيت المال إنما ينفق منـه فى الوجـوه التى توفر الإنفاق عليها .

وقد تكون أهم من هذا ، واللقيط يحتمل أن يكون غنياً ، ويحتمل أن يكون له أب موسر ، ويحتمل أن له سيداً تجب عليه نفقته .

فإذا قلنا : إنه لا يجب الإنفاق عليه من بيت المال وجب على الإمام أن ينظم جماعة يكون هو أحد أفرادها تتولى الإنفاق عليه على سبيل الإقراض، حتى إذا ظهر له مال أو ولى شرعى موسر ، أو استطاع الكسب أمكن رد ما أنفق عليه ، فإن لم يكن يستطيع الكسب ولم يكن له ولى موسر قضي من سهم المساكين أو الغارمين ، ويجرى هذا كله على اللقيط . ولو حكم بكفره . قال فى النهاية : خلافاً لما فى الكفاية تبعاً للماوردى :

فإذا امتنع أهل القرية أو البلدة عن أن ينفقـوا على اللقيط وجب على الإمام قتالهم ، ويفرق هنا بين كونها قرضاً وفى بيت المال مجانا ، بأن وضـع بيت المال الإنفاق على المحتاجين فلم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، وإذا لزمهم وزعها الإمام على مياسير بلده . فإن شق ذلك فعلى مـن يراه الإمام منهم ، فإن استووا فى نظره تخير ، وهذا إن لم يبلغ اللقيط ، فإن بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما قررنا ، فان ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وقد ضعف هذا النووى فى الروضة وخالفه الشـمس الرملى فى النهاية .

وجملة هذا أن من أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره وإن تبرع بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجـوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى .

وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقـد قال الشـافعى ومالك والثـورى والأوزاعى وأبو حنيفـة ومحمد بن الحسن والشـعبى وابن المنذر : هو متبرع . وقال أحمد بن حنبل : تؤدى النفقة من بيت المال ،

وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه . وقال عمر ابن عبد العزيز : يحلف ما أنفق احتساباً ، فإن حلف استسعى . والأصل عند القائلين بالرجوع أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه ، هذا وما بقي من كلام المصنف فعلى وجهه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان التقطه كافر نظرت ، فان كان اللقيط محكوما باسلامه لم يقر في يده ، لأن الكفالة ولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه ، وان كان محكوماً بكفره اقر في يده لأنه على دينه ، وان التقطه فاسق لم يقر في يده ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه ، وأن يسيء في تربيته ، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية .**

فصل **وان التقطه ظاعن يريد أن يسافر به نظرت ، فان لم تختبر امانته في الباطن لم يقر في يده ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه اذا غاب ، وان اختبرت امانته في الباطن ، فان كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد ان يخرج به الى البدو منع منه ، لأنه ينقله من العيش في الرخاء الى العيش في الشقاء ، ومن طيب المنشأ الى موضع الجفاء . وفي الخبر « من بدا فقد جفا » وان اراد أن يخرج به الى بلد آخر ففيه وجهان :**

(احدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأن البلد كالبلد .

(والثاني) لا يجوز ، لأن البلد الذى وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه . وان كان الملتقط في بدو ، فان كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به الى الحضر جاز ، لأن الحضر ارفق به وانفع له ، وان كان من البادية ـ فان كانت حلته في مكان لا ينتقل عنه اقر في يده ، لأن الحلة كالقرية ، وان كان يظعن في طلب الماء والكلأ ففيه وجهان :

(أحدهما) يقر في يده لأنه أرجى لظهور نسبه .

(والثاني) لا يقر في يده لأنه يشقى بالتنقل في البدو .

فصل **وان التقطه فقير ففيه وجهان :**

(أحدهما) لا يقر فى يده لأنه لا يقدر على القيام بحضانته ، وفى ذلك اضرار باللقيط .

(والثانى) لا يقر فى يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع) .

الشرح حديث « من بدا فقد جفا » رواه أحمد فى المسند عن البراء ابن عازب بلفظ « من بدا جفا » ورواه الطبرانى فى الكبير عن عبد الله بن مسعود بلفظ « من بدا جفا ، ومن اتبع الصيد غفل ، ومن أتى أبواب السلطان افتتن » وإسناد أحمد صحيح ، وفى إسناد الطبرانى نظر .

أما اللغات فقوله : ظاعن فاعل ظعن وبابه نفع ، أى ارتحل ، ويتعدى بالهمزة وبالحرف ، فيقال : أظعنته وظعنت به ، فهو ظاعن للفاعل ومظعون للمفعول ، والأصل مظعون به ولكن حذفت الصلة لكثرة الاستعمال ، وباسم المفعول سمى الرجل ، ويقال للمرأة ظعينة فعيلة بمعنى مفعولة ، لأن زوجها يظعن بها ، ويقال : الظعينة الهودج ، وسواء كان فيه امرأة أم لا ، والجمع ظعائن وظعن بضمتين . ويقال الظعينة فى الأصل وصف للمرأة فى هودجها ، سميت بهذا الاسم وإن كانت فى بيتها . قال تعالى « يوم ظعنكم ويوم إقامتكم » [1] .

قوله : (ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء) المنشأ بالهمز مقصور ، وهو موضع النشوء وزمان الحداثة ، يقال نشأت فى بنى فلان إذا شببت فيهم ، مأخوذ من إنشاء الله له ، أى ابتداء خلقه . وقوله صلى الله عليه وسلم « من بدا جفا » أى من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب ، والجفاء ممدود وهو ضد البر ، يقال : جفوت الرجل أجفوه ، ولا يقال جفيت . وهو مأخوذ من جفاء السيل ، وهو ما نفاه السيل ، والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون .

أما الأحكام فإنه ليس لكافر التقاط مسلم لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويلقنه الكفر ، بل الظاهر أن يربيه على ملته ،

---

(١) الآية : ٨٠ من سورة النحل .

وينشأ على ذلك كولده ، فإن التقطه فلا يقر فى يده ، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض .

أما إذا التقطه من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط فى يديه ، لأن حكمه حكم العدل فى لقطة المال والولاية فى النكاح والشهادة فيه وفى أكثر الأحكام ، ولأن الأصل فى المسلم العدالة، ولذلك قال عمر رضى الله عنه : « المسلمون عدول بعضهم على بعض » فإن أراد أن يسافر بلقطته فإنه لا يقر فى يديه ، وهذا هو مذهبنا ، لأنه لم تتحقق أمانته فلم تؤمن خيانته وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة (والوجه الثانى) عندهم يقر .

فأما من عرفت عدالته واتضحت أمانته ، فيقر اللقيط فى يده فى سفره وحضره لأنه مأمون عليه إذا كان سفره لغير النقلة ، فإذا كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان يقيم به نظرت فإن كان التقطه من الحضر فأراد النقل به إلى البادية لم يقر فى يده لوجهين :

(أحدهما) أن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه وأرفه له .

(والثانى) أنه إذا وجد فى الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به من بلد الحضر ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة : يقر فى يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثانى كالبلد الأول فى الرفاهية فيقر فى يده ، كما لو انتقل من أحد أقسام البلد إلى قسم آخر ، وفارق المنتقل به إلى البادية لأنه يضر به بتفويت الرفاهية عليه . وإن التقطه من البادية فله نقله إلى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين .

(الثانى) لا يقر فى يده ، ولأن بقاءه فى بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر فى يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به إلى البادية ، وإن أقام به فى حلة يستوطنها ، فله ذلك ، وإن كان ينتقل به إلى المواضع احتمل أن يقر فى يديه ، لأن الظاهر أنه ابن بدويين وإقراره فى يدى ملتقطه أرجى لكشف

نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قــرية لأنه أرفه له وأخف عليه .

وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفــع إليه ممن هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر فى يدى ملتقطه ، لأن إقراره فى يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد الا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به . اذ لا فائدة فى نزعه من يده ، ودفعه الى مثله .

فــــرع إذا التقطه فقير فإن قلنا إنه لا يقدر على حضانته من حيث ضعف الإمكانيات اللازمة لحياة الطفل من الأمور التى تخرج من الإنفاق ، إذ أن الإنفاق لا يلزم الملتقط كما قررنا قبل،كأن كان مسكنه غير صحى لا تتوفر فيه وسائل التهوية ولا أسباب الوقاية والنظافة ، فعلى هذا الوجه لا يقر فى يده ، وإن قلنا بأن الأمور تجرى بضمان الله وكفالته ، وأن الله تعالى تكفل بحفظه إذا شاء ، وأن الأسباب الضرورية للحياة التى يئشأ عليها أبناء الفقراء مألوفة عندهم ويشبون عليها وتبنى فيها أجسامهم كأقوى ما تبنى الأجسام ، وقد رأينا بالحس والمشاهدة ما يتمتع به أبناء الفقراء من مناعة ضد الأمراض مع الكفاف فى العيش ، وذلك من رعاية الله تعالى لخلقه ، فعلى هذا الوجه يقر فى يده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان تنازع فى كفالته نفسان من اهل الكفالة قبل ان ياخذاه، اخذه السلطان وجعله فى يد من يرى منهما او من غيرهما ، لانه لا حق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرهما ، فكان الأمر فيه الى السلطان . وان التقطاه وتشاحا أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة اقر فى يده .

وقال أبو على بن خيران : لا يقرع بينهما ، بل يجتهد الحاكم فيقره فى يد من هو احظ له ، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى : ((وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم)) (١) ولأنه لا يمكن ان يجعل فى أيديهما ، لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهاياة ، لانه تختلف عليه

---

(١) الآية : ٤٤ من سورة آل عمران .

الاخلاق والأغذية فيستضر ، ولا يمكن أن يقدم احدهما لأنهما متساويان فى سبب الاستحقاق ، ولا يمكن ان يسلم الى غيرهما ، لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز اخراجه عنهما فاقرع بينهما ، كما لو اراد أن يسافر باحدى نسائه ، وان ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان :

(أحدهما) يدفع الى السلطان فيقره فى يد من يرى ، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ ، فاما أقرار اللقيط فى يد غيره فليس ذلك اليه ولهذا او انفرد بالالتقاط لم يملك أن ينقله الى غيره .

(والثانى) وهو المذهب أن يقر فى يد الآخر من غير اذن السلطان ، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر الى اذن السلطان ، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير اذن ، فاذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين .

فصل **فاما اذا اختلفا فى الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة ، فان لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان فى يد من يرى منهما او من غيرهما ، لأنه لا حق لهما ، وان كان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له ، وان كان فى يدهما تحالفا . فان حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب ، وعلى قول أبى على بن خيران يقره الحاكم فى يد من هو أحظ له ، فان كان لأحدهما بينة قضى له لأن البينة أقوى من اليد والدعوى ، وان كان لكل واحد منهما بينة ـ فان كانت بينة احدهما اقدم تاريخاً ـ قضى له ، لأنه قد ثبت له السبق الى الالتقاط ، وان لم تكن بينة احدهما أقدم تاريخاً ، فقد تعارضت البينتان ، ففى أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفى القول الثانى تستعملان ، وفى الاستعمال ثلاثة اقوال :**

(أحدهما) القسمة (والثانى) القرعة (والثالث) الوقف . ولا يجىء ههنا الا القرعة لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراراً باللقيط فوجبت القرعة) .

الشرح الأحكام : إذا تنازع كفالته اثنان من غير أهل الكفالة لفسقهما أو رقهما مع كونهما غير مأذونين من سيديهما ، فإنه لا يقر فى يدى واحد منهما ، وينزع منهما ويسلم إلى غيرهما ، فإذا كانا من أهل الكفالة ، وإن كل واحد منهما ممن يقر فى يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره ، فقد قال

أصحابنا وأصحاب أحمد : هما سواء ، لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم في ذلك ، ولابن قدامة الحنبلي رأي في مخالفة مذهبه بقوله : إن دفعه إلى المسلم أحظ له ، لأنه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة ، فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . قال : وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده .

فإذا تساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فإن رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز ، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به ، وإن تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى « وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم »[1] ولأنه لا يمكن كونه عندهما، لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة ، وإن تهايآه فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والإلف ، ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو ، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الإقراع بينهما ، كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البادية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق ، والرجل مقدم على المرأة عندنا على الأصح وهما سواء عند أحمد وأصحابه ، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لأنها رجحت هناك لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها ، والأب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ له وأرفق به « أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا على القول بالتساوي ، أو رجح الرجل على الأصح .

---

(1) الآية : ٤٤ من سورة آل عمران .

فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة رجح السلطان العدل على المستور ، لأن المانع من الالتقاط منتف فى حقه والآخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ للطفل فى تسليمه إليه أتم ، ويحتمل أن يساوى السلطان بينهما بالقرعة لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر فى المنع فلا يؤثر فى الترجيح، والأمر متروك إلى اجتهاد الحاكم الذى ليس له أن يسلم إلى ثالث لم يثبت له حق الالتقاط .

وقال أبو على بن خيران : يجتهد الحاكم فى اختيار الأحظ للطفل والأجدى عليه والأحفظ وليس له أن يقرع بينهما وليس هذا بالمذهب بل المذهب الإقراع .

فـــرع وإن رأياه جميعاً فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر ، فالسابق إلى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية ، ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه ، فأخذه الآخر نظرت إلى نيته . فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق به ، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه ، وإن نوى مناولته فهو للآمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبه ما لو توكل له فى تحصيل مباح .

فإن اختلفا فقال كل واحد منهما : أنا التقطته ولا بينة لأحدهما ، وكان فى يد أحدهما ، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه ، وهذا كما هو المذهب عند أصحاب أحمد كما ذكره أبو الخطاب ، وقد خالفه القاضي وجعل قياس مذهب أحمد أنه لا يحلف كما فى الطلاق والنكاح .

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فإن كان فى يديهما تحالفا فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين ويقرع السلطان بينهما على المذهب .

وقال أبو على بن خيران مقالته فى الفرع قبله لا قرعة بينهما بل يجتهد

الحاكم فى اختيار أحدهما ممن هو أحظ للطفل ، فإن كان لأحدهما بينة قضى له ، وإن كان لكل منهما بينة نظرت فى أقدم البينتين تاريخاً وقضيت لصاحبها ، فإذا استوى تاريخهما أو أطلقتا معاً ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل تسقطان ؟ أو تستعملان ؟ فيه قولان عندنا ووجهان عند أصحاب أحمد .

(أحدهما) تسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما فيقرع بينهما .

(والثانى) تستعملان ، وفى الاستعمال ثلاثة أقوال (أحدها) القسمه واستعمال القسمة بين المتداعيين إذا جاز فى المال فلا سبيل إليه ههنا (والثانى) الإقراع بينهما (والثالث) الوقف وفى الوقف إضرار باللقيط ، وليس اللقيط مما يجوز وقفه فلا مناص من الإقراع فوجبت القرعة بينهما، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه فى الاسلام ، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على احد فقبل كما لو أقر له بمال ، وله أن يأخذه من الملتقط لان الوالد احق بكفالة الولد من الملتقط ، وان كان الذى اقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب ان يقال له : من أين صار ابنك ؟ لانه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار ابا له ، وان ادعى نسبه عبد لحق به ، لأن العبد كالحر فى السبب الذى يلحق به النسب ، ولا يدفع اليه لأنه لا يقدر على حضانته لاشتغاله بخدمة مولاه ، وان ادعى نسبه كافر لحق به ، لأن الكافر كالمسلم فى سبب النسب ، وهل يصير اللقيط كافراً ؟ قال فى اللقيط : احببت أن أجعله مسلما ، وقال فى الدعوى والبينات : أجعله مسلما ، فمن اصحابنا من قال : أن أقام البينة حكم بكفره قولا واحدا ، وان لم تقم البينة ففيه قولان :**

(أحدهما) يحكم بكفره لانا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بانه ولد على فراشه .

(والقول الثانى) يحكم باسلامه لأنه محكوم باسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر . وقال أبو اسحاق : الذى قال فى اللقيط اراد به اذا ادعاه وأقام البينة عليه ، لأنه قد ثبت بالبينة انه ولد على فراش كافر ، والذى قال فى

الدعوى والبينات اراد اذا ادعاه من غير بينة لأنه محكوم باسلامه بظاهر الدار ، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر ، وهذا الطريق هو الصحيح لأنه نص عليه في الاملاء . واذا قلنا انه يتبع الأب في الكفر فالمستحب أن يسلم الى مسلم الى أن يبلغ احتياطاً للاسلام ، فان بلغ ووصف الكفر اقررناه على كفره ، وان وصف الاسلام حكمنا باسلامه من وقته .

فصل وان ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة اوجه :

(أحدها) يقبل لأنها أحد الأبوين ، فقبل اقرارها بالنسب كالأب .

(والثاني) لا يقبل وهو ظاهر النص لأنه يمكن اقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة ، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب ، فانه لا يمكن اقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة ، فقبلت فيه دعواه ، ولهذا قلنا : انه اذا قال لامرأته : ان دخلت الدار فانت طالق ، لم يقبل قولها في دخول الدار الا ببينة ، ولو قال لها : ان حضت فانت طالق ، قبل قولها في الحيض من غير بينة ، لما ذكرناه من الفرق ، فكذلك ههنا .

(والثالث) ان كانت فراشاً لرجل لم يقبل قولها ، لأن اقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وان لم تكن فراشاً قبل لأنه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها) .

الشرح اللغة : الدعوى ، ودعواه ودعواها كلها بكسر الدال . قال الأزهرى : الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدعى غير أبيه ، يقال : الدعى بين الدعوة بالكسر إذا كان يدعى إلى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثانى .

وعن الكسائى : لى فى القوم دعوة أى قرابة وإخاء ، والدعوة بالفتح فى الطعام اسم من دعوت الناس إذا طلبتهم ليأكلوا عندك ، يقال : نحن فى دعوة فلان ومدعاته ودعائه بمعنى . قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب إلا عدى الرباب فإنهم يعكسون ويجعلون الفتح فى النسب والكسر فى الطعام ، ودعوى فلان كذا أى قوله وادعيت الشيء تمنيته ، وادعيته طلبته لنفسى والاسم الدعوى .

اما الأحكام فإنه إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى النسب من قسمين .

احدهما : أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر ، فإن كان المدعى رجلا مسلماً حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه ؛ لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل كما لو أقر له بمال ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر فى يده ، إلا أن المستحب أن يناقش كيف صار ابنك لأنه قد يعتقد أنه بالالتقاط يصير أبا له ، والله يقول « فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم » [1] .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا التقط مسلم لقيطاً فهـو حر مسلم ما لم يعلم لأبويه دين غير دين الإسلام ، فإذا أقر به نصرانى ألحقناه به وجعلناه مسلما لأن إقراره به ليس بعلم منا أنه كما قال ، فلا نغير الإسلام إذا لم نعلم الكفر . اهـ من الدعوى والبينات من الأم .

وقال فى كتاب اللقيط من الأم : سئل أبو حنيفة رحمه الله عن الصـبى يسبى وأبوه كافر وقعا فى سهم رجل ثم مات أبوه وهو كافر ثم مات الغلام قبل أن يتكلم بالإسلام فقال : لا يصلى عليه ، وهو على دين أبيه لأنه لا يقر بالإسلام . وقال الأوزاعى : مولاه أولى من أبيه يصلى عليه . وقال : لو لم يسب معه أبوه ، وخرج أبوه مستأمناً لكان لمولاه أن يبيعه من أبيه .

وقال أبو يوسف : إذا لم يسب معه أبوه صار مسلماً ، ليس لمولاه أن يبيعه من أبيه إذا دخل بأمان ، وهو ينقض قول الأوزاعى : إنه لا بأس أن يبتاع السبى ويرد إلى دار الحرب فى مسألة قبل هذا ، فالقول فى هذا ما قال أبو حنيفة إذا كان معه أبواه أو أحدهما فهو مسلم اهـ .

(قلت) إذا ادعى نسبه اثنان فصاعداً نظرت ، فإذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وهذا هو مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما . وقال أبو حنيفة : المسلم أولى من الذمى والحر أولى من العبد ، لأن على اللقيط ضرراً إذا ألحق بالعبد والذمى ، فكان إلحاقه بالحر المسلم أولى ، كما لو تنازعوا فى الحضانة .

---

(1) الآية : ٥ من سورة الأحزاب .

ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعوا تساووا فى الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق ، فإننا لا نحكم برقه ولا كفره ، ولايشبه النسب الحضانة ، بدليل أننا نقدم فى الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما فى دعوى النسب . وجعل الإمام الشافعى رضى الله عنه التسليم للنصرانى بدعواه بنوة اللقيط لا يعد تسليما للقيط بالكفر ، بل نجعله مسلماً حتى نعلم الكفر . وهذا أحد قوليه فمن أصحابنا من قال : إن أقام الذمى البينة حكمنا بكفره قولا واحداً ، كقوله فى الأخذ بقول أبى حنيفة مما سقناه عنه .

وإن لم تقم بينة ففيه قولان (أحدهما) إن الحكم بثبوت النسب من الكافر حكم بكفره على طريق التبع والضمن ، لأنه ولد على فراشه .

(والثانى) لأن غلبة دار الإسلام أقوى من دعوى النسب التى يدعيها الكافر وكل لقيط فى دار الإسلام هو مسلم ، فلا يحكم بكفره بقول كافر . وذهب أبو إسحاق المروزى فى قولى الشافعى إلى تخريجهما وجهين للمسألة لا قولين ، بأن الحكم بكفره يتبع البينة الذى ادعاه من الكفار ، فإذا أثبت أنه ولد على فراش الكفر قضينا بكفره وألحقناه بصاحب البينة ، وأنه إذا لم يقم بينة حكمنا بإسلامه وهذا هو توجيه ما فى الدعوى والبينات من الأم ، وفى هذا التخريج ما يؤيده من قوله فى الإملاء .

فــرع قال النووى فى المنهاج : ومن حكم بإسلامه فى الدار فأقام ذمى بينة بنسبه لحقه وتبعه فى الكفر . وقال الزركشى : وكذلك المعاهد والمؤمن وقال الرملى : فارتفع ما ظنناه من إسلامه ، لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوى من اليد المجردة وتصور علوقة من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البينة . قال : وإن اقتصر الكافر على الدعوى بأنه ابنه ولا حجة له فالمذهب أنه لا يتبعه فى الكفر وإن لحقه فى النسب ، لأنا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بدعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة .

(والطريق الثانى) فيه قولان ثانيهما يتبعه فى الكفر كالنسب . وجعل الماوردى محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم ،

فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الإسلام قطعاً ، وسواء أقلنا بتبعيته فى الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوى مميز وصف الإسلام وبينه .

قال فى الكفاية : وقضية إطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما — إن قلنا بعدم تبعيته له فى الكفر لكن فى المهذب أنه يستحب تسليمه لمسلم ، فإذا بلغ ووصف الكفر — فإن قلنا بالتبعية — قرر لكن هذا التقرير يهدده لعله يسلم ، وإلا ففى تقريره ما سبق من الخلاف .

فـــرع إذا كان المدعى امرأة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضى الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين ، فيثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منهما كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتى به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ، ولأن فى قصة داود وسليمان فى المرأتين كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقى ابنها وأن الذى أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما .

فعلى هذا الوجه يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته . فإن قيل : الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته ، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره ، قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فإن قيل : إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبى وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة ، بل إلحاقه بها دون زوجها تطرق العار إليه وإليها ، قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقا لا منازع له فيه ، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال ، وهذا متحقق فى دعوى المرأة .

والوجه الثاني ــ وهو رواية ثانية عن أحمد رضى الله عنه نقلها الكوسج عنه في امرأة ادعت ولداً ، إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه ، لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ، لأنهم يتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ، ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ، وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرده ، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

أما كيف تكون البينة ؟ فقد قال الشافعي رضى الله عنه : لا يجوز على الولادة ولا شيء مما تجوز فيه شهادة النساء مما يغيب عن الرجال إلا أربع نسوة عدول من قبل أن الله عز وجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلها إلى شاهدين أو شاهد وامرأتين ، فأقام الثنتين من النساء مقام رجل حيث أجازهما ، فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يجز والله أعلم أن يجيزوا إلا على أصل حكم الله عز وجل في الشهادات ، فيجعلون كل امرأتين يقومان مقام رجل ، وإذا فعلوا لم يجز إلا أربع . وهكذا المعنى في كتاب الله عز وجل وما أجمع عليه المسلمون .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء أنه قال في شهادة النساء على الشيء من أمر النساء لا يجوز فيه أقل من أربع ، وقد قال غيرنا : تجوز فيه واحدة لأنه من موضع الأخبار كما تجوز الواحدة في الخبر ، لا أنه من موضع الشهادة ، ولو كان من موضع الشهادات ما جاز عدد من النساء ــ وإن كثرن على شيء إلى أن قال : فإنا روينا عن علي رضى الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها . قلت : لو ثبت هذا عن علي صرنا إليه إن شاء الله تعالى ، ولكنه لم يثبت عندكم ولا عندنا عنه : وهذا لا من جهة ما قلنا من القياس على حكم الله ولا من جهة قبول خبر المرأة ، ولا أعرف له معنى . قلت :

اذا ثبت هذا في وجوب البينة لما يمكن أن تقوم عليه بينة كالولادة

للقيط المدعى أو للمعلق طلاقها على دخول الدار فى المجيء ببينة على دخول الدار ، وفارق الحيض فإنه من الأعراض الخفية التى يقبل فيها الإفراد ولا يطالب فيها بالبينة لتعذرها أو استحالتها . (والوجه الثالث) وهو الرواية الثالثة عن أحمد رضى الله عنه أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه ، أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفى ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به ، وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان تداعى نسبه رجلان لم يجز الحاقه بهما ، لأن الولد لا ينعقد من اثنين ، والدليل عليه قوله تعالى : « انا خلقناكم من ذكر وانثى » (١) فان لم يكن لواحد منهما بينة عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة ، فان الحقته بأحدهما لحق به ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور فى وجهه فقال : ألم ترى الى مجزز المدلجى نظر الى اسامة وزيد وقد غطيا رؤسهما ، وقد بدت أقدامهما فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض » فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهل يجوز ان يكون من غير بنى مدلج ؟ فيه وجهان :**

(احدهما) لا يجوز ، لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع الا فى بنى مدلج .

(والثانى) انه يجوز وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى ، فلم تختص به قبيلة كالعلم بالأحكام ، وهل يجوز أن يكون واحداً ؟ وجهان :

(احدهما) أنه يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى وحده ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم .

---

(١) الآية : ١٣ من سورة الحجرات .

(والثانى) لا يجوز اقل من اثنين لانه حكم بالشبه فى الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم فى المثل فى جزاء الصيد .

ولا يجوز ان يكون امرأة ولا عبداً كما لا يجوز ان يكون الحاكم امرأة ولا عبداً ولا يقبل الا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقة كما لا يقبل فى الفتيا الا قول من عرف فى العلم حذقه ، وان الحقته بهما او نفته عنهما او اشكل الأمر عليها أو لم تكن قافة ترك حتى يبلغ ويؤخذان بالنفقة عليه ، لان كل واحد منهما يقول : انا الاب وعلى نفقته ، فاذا بلغ امرناه أن ينتسب الى من يميل طبعه اليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال للغلام الذى الحقته القافة بهما : « وال أيهما شئت » ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره ، فاذا تعذر العمل بقول القافة رجع الى اختيار الولد وهل يصح أن ينتسب اذا صار مميزاً ولم يبلغ ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يصح كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين اذا صار مميزاً .

(والثانى) لا يصح لأنه قول يتعين به النسب ويلزم الأحكام به ، فلا يقبل من الصبى ، ويخالف اختيار الكون مع احد الأبوين ، لأن ذلك غير لازم ، ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل الى الآخر جاز ، ولا يجوز ذلك فى النسب ، وان كان لأحدهما بينة قدمت على القافة ، لان البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة تخبر عن اجتهاد ، فان كان لكل واحد منهما بينة فهما متعارضتان لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ، ففى أحد القولين يسقطان ، ويكون كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفى الثانى تستعملان ، فعلى هذا هل يقرع بينهما ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يقرع بينهما . فمن خرجت له القرعة قضى له . لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما . ولا يمكن الوقف . لأن فيه اضرارا باللقيط فوجبت القرعة .

(والثانى) لا يقرع . لأن معنا ما هو أقوى من القرعة وهو القافة فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة . وليس فى موضع تسقط الأقوال الثلاثة فى استعمال البينتين الا فى هذا الموضع على هذا المذهب .

وان تداعت امرأتان نسبه وقلنا : انه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة ، فهل يعرض على القافة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب ، فاذا جاز الرجوع الى القافة فى تمييز الأب من غيره بالشبه جاز فى تمييز الأم من غيرها .

(والثانى) لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة أمه يقينا فلم يرجع فيه الى القافة بخلاف الأب فانه لا يمكن معرفته الا ظنا فجاز أن يرجع فيه الى الشبه .

فصـــل وان ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل الا ببينة ، لأن الأصل هو الحرية فان شهدت له البينة نظرت ، فان شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال فى اللقيط : جعلته له . وقال فى الدعوى والبينات : ان شهدت له بأنه ولدته أمته فى ملكه جعلته له ، فمن أصحابنا من قال : يجعل له قولا واحداً ، وان لم تقل ولدته فى ملكه ، وما قال فى الدعوى والبينات ذكره تأكيداً لا شرطا لأن ما تأتى به أمته من غيره لا يكون الا مملوكا له .

ومنهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يجعل له لما بيناه .

(والثانى) لا يجعل له لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها فلم يملك ولدها ، وان شهدت له البينة بالملك ولم تذكر سبب الملك ، ففيه قولان :

(أحدهما) يحكم له كما يحكم له اذا شهدت له بملك مال ، وان لم تذكر سببه .

(والثانى) لا يحكم لأن البينة قد تراه فى يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط أو غيره ، وان شهدت البينة له باليد ، فان كان المدعى هو الملتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط ، ويد الالتقاط لا تدل على الملك ، فلم يكن للشهادة تأثير . وان كان المدعى غيره ، ففيه قولان :

(أحدهما) يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت ، فاذا حلف حكم له كما لو كان فى يده مال فحلف عليه .

(والثانى) لا يحكم له ، لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لأن الظاهر الحرية) .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها متفق عليه بلفظ « دخل على

رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى إلى مجزز المدلجى ؟ نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض » وفى رواية للبخارى « ألم ترى أن مجززاً المدلجى دخل فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما ومدت أقدامها فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض » ومجزز بضم الميم وفتح الجيم ثم زاى مشددة مكسورة ثم زاى أخرى اسم فاعل لأنه كان فى الجاهلية إذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه وقد كان الكفار يقدحون فى نسب أسامة لكونه كان أسود شديد السواد ، وكان زيد أبيض ، كذا قاله أبو داود . وأم أسامة هى أم أيمن بركة الحبشية مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه حيث كانت وصيفته ، ويقال : كانت من سبى الحبشة الذين قدموا زمن الفيل فصارت لعبد المطلب فوهبها لعبد الله والد النبى صلى الله عليه وسلم وتزوجت قبل زيد عبيداً الحبشى فولدت له أيمن فكنيت به ، والقافة جمع قائف كقادة جمع قائد وسادة جمع سائد ، والقائف هو الذى يتتبع الأثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الدعوى والبينات من الأم : وإذا تداعى الحر والعبد المسلمان والذمى الحر والعبد مولوداً وجد لقيطاً فلا فرق بين أحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما تداعوا فيه مما يملكون ، فتراه القافة ، فإن ألحقوه بأحدهم فهو ابنه ليس له أن ينفيه ولا للمولود أن ينتفى منه بحال أبداً وإن ألحقته القافة باثنين فأكثر أو لم تكن قافة ، أو كانت فلم تعرف ، لم يكن ابن واحد منهم حتى يبلغ فينتسب إلى أيهم شاء ، فإذا فعل ذلك انقطعت دعوى الآخرين ، ولم يكن للذى انتسب إليه أن ينفيه وهو حر فى كل حالاته بأيهم لحق لأن اللقيط حر ، وإنما جعلناه حراً إذا غاب عنا معناه ، لأن أصل الناس الحرية حتى يعلم أنهم غير أحرار .

ولو أن أحدهم قال : هو ابنى من أمة نكحتها لم يكن بهذا رقيقاً لرب الأمة حتى يعلم أن الأمة ولدته ، ولا يجعل إقرار غيره لازماً له ، ويكفى القائف الواحد لأن هذا موضع حكم يعلم لا موضع شهادة ، ولو كان إنما حكمه حكم الشهادات ما أجزنا غير اثنين ولا أجزنا شهادة اثنين يشهدان

على ما لم يحضرا ولم يريا ، ولكنه كاجتهاد العالم ينفذه كما ينفذ هـذا ، ولا يحتاج معه إلى ثان ولا يقبل القائف الواحد حتى يكون أميناً ولا أكثر منه حتى يكونوا أمناء أو بعضهم ، فإذا أحضرنا القائف والمتداعيين للولد أو ذوى أرحامهم إن كان المدعون له موتى أو كان بعض المدعين له ميتاً ، فأحضرنا ذوى رحمه أحضرنا احتياطا أقرب الناس نسباً وشبها فى الخلق والسن والبلد بالمدعين له ، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ، ثم أمرنا القائف يلحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه إن لم يكن له أب .

وإن كانت معه أم أحضرنا لها نسباً فى القرب منها كما وصفت ثم بدأنا فأمرنا القائف أن يلحقه بأمه لأن للقائف فى الأم معنى ، ولكى يستدل به على صوابه فى الأب إن أصاب فيها ويستدل على غيره إن أخطأ فيها ، فخالفنا بعض الناس فى القافة فقال : القافة باطل ، فذكرنا له أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع مجززاً المدلجى ونظر إلى أقدام أسامة وأبيه زيد وقد غطيا وجوههما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض فحكى ذلك النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة مسروراً به ، فقال : ليس فى هذا حكم فقلنا : إنه وإن لم يكن فيه حكم فإن فيه دلالة على أن النبى صلى الله عليه وسلم رضيه ورآه علماً ، لأنه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكما ما سره ما سمع منه إن شاء الله تعالى ولنهاه أن يعود له فقال : إنك وإن أصبت فى هذا فقد تخطىء فى غيره ؟ فقال : فهل فى هذا غيره ؟ قلنا : نعم ، أخبرنا ابن عُلية عن حميد عن أنس « أنه شك فى ابن له فدعا القافة » .

أخبرنا أنس بن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن ابن حاطب « أن رجلين تداعيا ولداً ، فدعا له عمر القافة ، فقالوا : قد اشتركا فيه ، فقال له عمر : وال أيهما شئت » .

أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن عمر مثل معناه ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن عروة عن عمر بن الخطاب مثل معناه قال فإنا لا نقول بهذا وتزعم أن عمر قال : هو ابنكما ترثانه ويرثكما ، وهو للباقى منكما قلت : فقد رويت عن عمر أنه دعا للقافة ، فزعمت أنك

لا تدعو القافة ؛ فلو لم يكن فى هذا حجة عليك فى شيء مما وصفنا ، إلا أنك رويت عن عمر شيئاً فخالفته فيه كانت عليك .

قال : قد رويت عنه أنه ابنهما ، وهذا خلاف ما رويتم ، قلنا : وأنت تخالف أيضاً هذا ، قال : فكيف لم تصيروا إلى القول به ؟ قلنا : هو لا يثبت عن عمر لأن إسناد حديث هشام متصل ، والمتصل أثبت عندنا وعندك من المنقطع ، وإنما هذا حديث منقطع وسليمان بن يسار وعروة أحسن مرسلا عن عمر ممن رويت عنه ، قال فأنت تخالف عمر فيما قضى به من أن يكون ابن اثنين ؟ قلت : فإنك زعمت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى به إذ كان فى أيديهما قضاء الأموال قال كذلك قلت اهـ .

قلت : ووجه دلالته ما علم من أن التقرير منه صلى الله عليه وسلم حجة ، لأنه أحد أقسام السنة ، وحقيقة التقرير أن يرى النبى صلى الله عليه وسلم فعلا من أحد أو يسمع قوله أو يعلم به وكان ذلك الفعل من الأفعال التى لا يعلم تقدم إنكاره لها ، دل ذلك على جوازه . فإن استبشر به فأوضح كما فى هذه القصة ، والحكم بالقافة إذا لم تكن بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا إذا ألحقوه ، فتلحقه بمن ألحقوه وهذا قول أنس و عطاء ويزيد ابن عبد الملك والأوزاعى والليث وأبى ثور والشافعى ومالك وأحمد ابن حنبل .

وقال أصحاب الرأى : لا حكم للقافة ، ويلحق بالمدعيين جميعاً تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين ، فإن الشبه يوجد بين الأجانب ، وينتفى بين الأقارب ولهذا روى الشيخان « أن رجلا أتى النبى فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً أسود فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر . قال : فهل فيها من أورق ؟ قال : نعم ، قال : أنى أتاها ذلك ؟ قال : لعل عرقا نزع ، قال : وهذا لعل عرقا نزع » قالوا : لو كان الشبه كافيا لاكتفى به فى ولد الملاعنة ، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

ودليلنا عليهم غير حديث مجزز قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ولد

الملاعنة « انظروها فإن جاءت به أحمش الساقين كأنه وجرة فلا أراه إلا قد كذب عليها وإن جاءت به أكحل جعداً جماليا سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو للذى رميت به ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » فقد حكم به النبى صلى الله عليه وسلم للذى أشبه منهما ، وقوله لولا الأيمان لكان لى ولها شأن يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ابن زمعة حين رأى به شبها بيناً بعتبة بن أبى وقاص « احتجبى منه يا سودة » فعمل بالشبه فى حجب سودة عنه .

فإن قيل : فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبى صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد ابن زمعة ، والولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة فى إقامة الحد عليها لشبه بالمقذوف قلنا : إنما لم يعمل فى ابن زمعة لأن الفراش أقوى ، وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه ، إذا خلت عن المعارض وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها . على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب ، فإن الحد فى الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدرأ بالشبهات ، ولأن ضعف الشبه عن نفى النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب يحتاط لإثباته ، ويثبت بأدنى دليل ، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة ، كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه فى الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب فى مسألتنا .

والقافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة على الصحيح من المذهب ، وبه قال أحمد رضى الله عنه وأصحابه ، بل هو علم يتعلم بقواعده وأصوله التى كانت عند العرب ، وكان أكثر ما يكون فى بنى

مدلج رهط مجزز الذى رأى أسامة وأباه زيداً ، وكان إياس بن معاوية المزنى قائفا . وكذلك قيل فى شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عدلا مجرباً فى الإصابة ، حراً لأن قوله حكم .

وقد كان بعض العرب يستدل من اختلاف أحد الأبناء عن إخوته على أسباب الشك التى تساوره ، فقد عاد أحدهم إلى امرأته من سفر فوجدها قد ولدت له ولداً ، فقال لها :

لا تمشطى رأسى ولا تَفْلِينى   وحاذرى ذا الرَّبق فى يمينى
واقتربى منى أخبرينى   ما له جاء أسود كالهجينى
خالف ألوان بنىّ الجون

على أن أسباب المعرفة فى زماننا هذا لم تتسع آفاقها ولم تستقر قواعدها على أسباب أدق ومبادىء أضبط ، فكانت غير قطعية فى أكثر أحوالها ، وقد يأخذ العلم الحديث بالقيافة حيث يعجز التحليل الطبى ، والقيافة أحد فروع الطب الشرعى أو هى الأساس للطب الشرعى ومن قرأ كتب الطب الشرعى العربية أو الأجنبية يتضح له صحة هذا الحكم .

وقد جاء فى كتاب الطب الشرعى الجنائى للدكاترة شريف وسيف النصر ومشالى أن فصائل الدم تنقسم فى جميع الشعوب إلى أربعة أقسام ، قسمان كبيران ويمكن إطلاق معنى السائدة عليهما ويرمز إليهما **A , B** ونوع يتكون منهما ويرمز إليه **A B** ونوع نادر ويسمى **O** فإذا كان الرجل من فصيلة **A** والمرأة من فصيلة **B** أمكن أن يكون الولد **A** أو **B** أو **AB** .

ويلاحظ أن قيافة الدم هنا وإن كانت قائمة على أساس علمى إلا أنها سلبية وليست إيجابية ، فهى تقول بأن هذا ليس أباً ولا تستطيع أن تقول : هذا أب ، لأنه قد يكون الأب شخصاً له فصيلة المدعى ، ولكن يمكن أن ينفى فيقول إذا كانت فصيلة دم الابن **O** وكانت فصيلة الأب المدعى **A B** والأم **B** حكموا بالقطع بأن هذا ليس أباه ، ولكن لو كانت فصيلته من

فصيلة الطفل قالوا : يحتمل أن يكون أباه ويحتمل أن يكون أبوه غيره ؛ على أن أحسن القيافة التعرف عن طريق الأطراف كالأيدى والأرجل وملامح الوجه ، وهل يقبل قول واحد ؟ أو لا يقبـل إلا قول اثنين ؟ ـ وجهان ـ (أحدهما) أنه حكم بالاجتهاد فيصح من واحد . (والثانى) لا يجوز بأقل من اثنين كالحكم بالمثل فى جزاء الصيد فى قوله تعالى « يحكم به ذوا عدل منكم » [1] ولأنه حكم بالشبه فى الخلقة فأشبه الحكم فى المثل فى جزاء الصيد « فجزاء مثلُ ما قَتَلَ من النَّعَمِ » [2] .

وبهذا الوجه قال أحمد رضى الله عنه فى ظاهر رواية الأثرم عنه أنه قيل له : إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا . قال : لا يقبل واحد منهما حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا ، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة .

وقال القاضى من الحنابلة : يقبل قول الواحد لأنه حـكم ، ويقبل فى الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال (إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا ، فإن قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنهما شاهدان فقولهما أولى ، لأنه أقوى من قول واحد . وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول الاثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع ، فأما إن ألحقته القافة بواحـد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالأول ، لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، ومتى حكم الحاكم حكما لم ينقض بمخالفة غيره له ، وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا برقه لأن الحرية والإسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كمـا لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد .

ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء الآخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول ، لأنه حكم له به فلم يزل بمجرد الدعوى

---

(١) الآية : ٩٥ من سورة المائدة .
(٢) الآية : ٩٥ من سورة المائدة .

فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول لأنها بينة فى إلحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

فــرع إذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما فى النفقة . وكان أحمد رضى الله عنه يقول : إنه ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور . وقال أصحاب الرأى : يلحق بهما بمجـرد الدعوى . وقال الشافعى لا يلحق بأكثر من واحد ، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما ، واحتج برواية عمر رضى الله عنـه أن القافة قالت (قد اشتركا فيه ، فقال عمر : وال أيهما شئت) ولأنه لا يتصور كونه من رجلين ، فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ، ولأن الادعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما ، هذا وما لم تتناوله من مسائل الفصل فعلى وجهه من تقرير المصنف . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل ومن حكم باسلامه او باحد ابويه او بالسابى فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين فى الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية ، لان السبب الذى اوجب الحكم باسلامه لم يزل فاشبه من اسلم بنفسه وبقى على اسلامه ، فان بلغ ووصف الكفر فالمنصوص انه مرتد ، فان تاب والا قتل، لانه محكوم باسلامه قطعاً فاشبه من اسلم بنفسه ثم ارتد . ومن أصحابنا من قال فيه قولان (احدهما) ما ذكرناه (والثانى) انه يقر على الكفر ، لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه ، فان بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر فقتله قاتل فالمنصوص انه لا قود على قاتله .

ومن اصحابنا من قال : يجب القود لانه محكوم باسلامه فاشبه ما قبل البلوغ ، وهذا خطا لانه يحتمل ان يكون غير راض بالاسلام ، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط ، ويخالف ما قبل البلوغ فان اسلامه قائم قطعا وبعد البلوغ لا تعلم بقاء الاسلام ، فاما من حكم باسلامه بالدار ، فانه قبل البلوغ كالمحكوم

باسلامه بأبويه او بالسابي . فان بلغ ووصف الكفر فانه يفزع ويهدد على الكفر احتياطا . فان اقام على الكفر أقر عليه .

ومن أصحابنا من قال : هو كالمحكوم باسلامه بأبويه لأنه محكوم باسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه ، والمنصوص انه يقر على الكفر لأنه محكوم باسلامه من جهة الظاهر ، ولهذا لو ادعاه ذمي وأقام البينة حكم بكفره .

فصـــل وان بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر ففيه قولان :

(أحدهما) أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية .

(والثاني) أن القول قول القاذف لأنه يحتمل ان يكون عبداً ، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد . وان قطع حر طرفه وادعى أنه عبد وقال اللقيط : بل أنا حر فالمنصوص ان القول قول اللقيط ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقذف . ومنهم من قال : ان القول قول اللقيط قولا واحداً ، وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر ، ووجوب القيمة مشكوك فيه ، فاذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر الى الشك ، فلم يجز . وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد ، فاذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر الى اليقين فجاز .

فصـــل اذا بلغ اللقيط ووهب ، واقبض ، وباع ، وابتاع ، ونكح ، وأصدق ، وجنى ، وجني عليه ، ثم قامت البينة على رقه كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن ، يمضي ما يمضي من تصرفه ، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره ، لأنه قد ثبت بالبينة انه مملوك فكان حكمه حكم المملوك ، فان اقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت ـ فان كان قد تقدم منه اقرار بحريته ـ لم يقبل اقراره بالرق ، لأنه لزمه باقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل اقراره في اسقاطها ، وان لم يتقدم منه اقرار بالحرية ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يقبل اقراره بالرق ، لأنه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره بالرق كما لو اقر بالحرية ، ثم اقر بالرق .

(والثاني) يقبل لأنا حكمنا بحريته في الظاهر ، وما ثبت بالظاهر يجوز ابطاله بالاقرار ، ولهذا لو ثبت اسلامه بظاهر الدار وبلغ واقر بالكفر قبل منه ، فكذلك ههنا ، ومنهم من قال : يقبل اقراره بالرق قولا واحدا لما ذكرناه ، ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق ، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين :

(احدهما) يقبل اقراره فى جميعه ، لان الرق هو الاصل وقد ثبت فوجب ان تثبت احكامه كما لو ثبت بالبينة .

(والثانى) يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره ، لان اقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره ، ولم يقبل فيما يضر غيره ، كما لو اقر بمال عليه وعلى غيره ، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع . فان باع واشترى ـ فان قلنا . يقبل اقراره فى الجميع ، وقلنا : ان عقود العبد من غير اذن المولى لا تصح ـ كانت عقوده فاسدة ، فان كانت الاعيان باقية وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب بدلها فى ذمته ، يتبع به اذا عتق . وان قلنا : يقبل فيما يضره ، ولا يقبل فيما يضر غيره ، ولم يقبل قوله فى افساد العقود ، ويلزمه اعواضها ، فان كان فى يده مال استوفى منه ، فان فضل فى يده شيء كان لمولاه .

وان كان اللقيط جارية فزوجها الحاكم ثم اقرت بالرق ـ فان قلنا : يقبل اقرارها فى الجميع ـ فالنكاح باطل ، لانه عقد بغير اذن المولى ، فان كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء ، وان كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل ، لانه وطء فى نكاح فاسد ، وان اتت بولد فهو حر لانه دخل على انه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة امة وهى قرءآن .

وان قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح ، لان فيه اضراراً بالزوج ولكنه فى حق الزوج فى حكم الصحيح ، وفى حقها فى حكم الفاسد ، فان كان قبل الدخول لم يجب لها مهر ، لانها لا تدعيه ، وان كان بعد الدخول وجب لها اقل الأمرين من مهر المثل او المسمى ، لانه ان كان المهر اقل لم يجب ما زاد لان فيه اضراراً بالزوج ، وان اتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لانا لا نقبل قولها فيما يضره ، ونقول للزوج : قد ثبت ان زوجتك امة ، فان اخترت امساكها كان ما تلده مملوكا للسيد لانك تطؤها على علم انها امة ، وان طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة اقراء ، وله فيها الرجعة لانا لا نقبل قولهافيما عليه يضره ، وان مات عنها لزمتها عدة امة وهى شهران وخمس ليال . لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها ، ولهذا تجب من غير وطء . وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات ، وان كان اللقيط غلاما فتزوج ثم اقر بالرق . فان قلنا : يقبل اقراره فى الجميع : بطل النكاح من اصله لانه بغير اذن المولى .

فان لم يدخل بها لم يلزمه شيء ، وان دخل بها لزمه اقل الأمرين من المسمى او مهر المثل ، لانه ان كان المسمى اقل لم يجب ما زاد لانها لا تدعيه ، وان كان مهر المثل اقل لم يجب ما زاد لأن قوله مقبول ، وان ضر غيره . وان قلنا :

لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله : ان النكاح باطل ، لانه يضرها ، ولكن يحكم بانفساخه فى الحال لانه اقر بتحريمها ، فان كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى وان دخل بها لزمه جميعه لانه لا يقبل قوله فى اسقاط المسمى) .

الشرح الأنساب كلها تمت إلى الإسلام ما لم يتيقن الكذب والكفر لقوله صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة ، وعلى الملة » وقوله صلى الله عليه وسلم عن ربه فى حديث عياض بن حمار المجاشعى (خلقت عبادي حنفاء كلهم) ولقوله تعالى : « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذرياتهم وأشهدهم على أنفسهم : ألست بربكم قالوا : بلى أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين » (1) .

ومن حكم بإسلامه أو بإسلام أحد أبويه ، وإن علا وقت العلوق ولو أنثى غير وارثة . ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله فهو مسلم بالإجماع بشرط نسبته إليه نسبة تقتضى التوارث فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام، ولو ارتد بعد البلوغ بأن وصف كفراً أى أعرب به عن نفسه فمرتد لأنه مسلم ظاهراً وباطناً ، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما ، وإن علا قبل بلوغه ولو بعد تمييزه حكم بإسلامه إجماعا كما فى إسلام الأب ولخبر « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل إسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزمن إمكانه قال الرملى : وما بحثه الولى العراقى من عدم قبول قوله إلا أن ينبت على عانته شعر خشن ، غير ظاهر اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه ، ولأصل بقاء الصغر ، فإن بلغ ووصف كفراً فمرتد لسبق الحكم بإسلامه ظاهراً وباطناً وفى قول كافر أصلى ، لأن تبعيته أزالت الحكم بكفره ، وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا ، وبنى عليه أنه يلزمه التلفظ بالإسلام بعد البلوغ بخلافه على الأول ، ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم ، بل قال إمام الحرمين وصوبه فى الروضة : هو كذلك على الثانى أيضاً لأن هذه الأمور مبنية على الظاهر ، وظاهره الإسلام .

---

(1) الآية : ١٧٢ من سورة الأعراف .

وما ذكره بعضهم من أن المسلم بإسلام أحد أبويه لا يغنى عنه إسلامه شيئاً ما لم يسلم بنفسه فغريب أو سبق قلم على ما قرره الأذرعى أو مفرع على وجوب التلفظ . ولو تلفظ ثم ارتد فمرتد قطعاً ، ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الإسلام قبل ردته على الأصح .

ولو سبى مسلم طفلا تبع هذا الطفل سابيه فى الإسلام ظاهراً وباطناً إن لم يكن معه أحد أبويه بالإجماع ، ولا اعتبار بمن شذ ، ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين ، وقضية الحكم بإسلامه باطناً أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتداً أما إذا كان معه أحد أبويه وإن علا بأن كان فى جيش واحد وغنيمة واحدة ، وإن لم يتحد المالك وقد سبيا معاً ـ وإن أطلق القاضى فى تعليقه أنه إذا سبق سبى أحدهما سبى الآخر تبع السابى ، فلا يحكم بإسلامه ، لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابى وإن ماتا بعد ، لأن التبعية إنما تثبت فى ابتداء السبى ، ولو سباه ذمى قاطن ببلادنا على حد قول إمام الحرمين أو دخل به دارنا كما قال البغوى ، أو سباه فى جيشنا ، وكل ذلك إنما هو قيل للخلاف فى قولهم : لم يحكم بإسلامه فى الأصح (والثانى) يحكم بإسلامه تبعاً للدار والأوجه أنه لو سبى آبواه ثم أسلما صار مسلماً بإسلامهما خلافا للحليمى ومن تبعه ، ولو سباه مسلم وذمى حكم بإسلامه تغليبا لحكم الإسلام ، ولو سبى الذمى صبيا أو مجنونا وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابى له مع أحد أبويه فى جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشترى لفوات وقت التبعية ، لأنها إنما تثبت ابتداء وما جاء من قتله فسيأتى فى الأقضية إن شاء الله تعالى .

فـــرع إذا ادعى رق اللقيط مدع بعد بلوغه كلف إجابته ، فإن أنكر ولا بينة لم نقبل دعواه ، وإن كانت له بينة حكم له بها ، فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لتصرفه بغير إذن ، وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا ، فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهى حق الله تعالى فلا يبطل برجوعه .

فإن قلنا : يقبل إقراره كأحد القولين عند الشافعى صارت أحكامه أحكام

العبيد فيما عليه دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وأحمد ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ، لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال : لفلان علىّ ألف درهم ولى عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره فى الجميع ، وهو القول الثانى للشافعى لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ، فإن قبلنا إقراره بالرق لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح فى حقها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها وأما أولادها فأحرار ولا يثبت الرق فى حق أولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ، فان اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها ، وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفساداً للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر فى استدامة العقد إنما تعتبر فى ابتدائه .

فإن قيل : قد قبلتم قولها فى أنها أمة فى المستقبل وفيه ضرر على الزوج. قلنا لم يقبل قولها فى إيجاب حق لم يدخل فى العقد عليه ، فأما الحكم فى المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من يثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليها أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها ، فإن طلقها اعتدت عدة الحرة ، لأن عدة الطلاق حق للزوج عند أحمد والشافعى ثلاثة قروء ، وإن مات اعتدت عدة الأمة وهى شهران وخمس ليال لأنه وطء فى نكاح فاسد ، والله تعالى أعلم .

فرع قال ابن حزم فى المحلى : واللقيط حر ولا ولاء عليه لأحد لأن الناس كلهم أولاد آدم ، وزوجه حواء عليهما السلام وهما حران وأولاد الحرة أحرار بلا خلاف من أحد ، فكل أحد فهو حر إلا أن يوجب نص قرآن أو سنة ولا نص فيهما يوجب إرقاق اللقيط ، إذ لا رق عليه فلا ولاء لأحد عليه . لأنه لا ولاء إلا بعد صحة رق على المرء أو على أب له قريب أو بعيد يرجع إليه بنسبه . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إنما الولاء لمن أعتق) وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وداود . وقد صح عن عمر ابن الخطاب ما رويناه من طريق مالك عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة

إلخ وقد مضى ذكرنا لهذه الرواية ثم ناقش القائلين برق اللقيط وأجاب على شبههم وخلص إلى حرية اللقيط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان جنى عمداً على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على القولين وان جنى خطأ وجب الأرش فى رقبته على القولين لان وجوب القصاص ووجوب الأرش فى رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه، وان جنى عليه حر عمداً ، لم يجب القود على الجانى، لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره ، فقبل قوله فيه ، وان جنى عليه خطأ بأن قطع يده ، فان الجانى يقر بنصف الدية واللقيط يدعى نصف القيمة . فان كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة ، لأن ما زاد عليه لا يدعيه . وان كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين ان قلنا : يقبل قوله فى الجميع وجب على الجانى نصف القيمة ، وان قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد اضراراً بالجانى .

فصـــل وان اقر اللقيط انه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط اقراره، كما لو اقر له بدار فكذبه ، وان اقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل. وقال ابو العباس : يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر ، والمذهب الأول لأن باقراره الأول قد أخبر انه لم يملكه غيره ، فاذا كذبه المقر له رجع الى الأصل ، وهو انه حر فلم يقبل اقراره بالرق بعده ، ويخالف الدار لأنه اذا كذبه الأول رجع الى الأصل وهى مملوكة فقبل الاقرار بها لغيره .

فصـــل وان بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره فالقول قوله لأن الأصل الحرية ، وان طلب المدعى يمينه فهل يحلف ؟ يبنى على القولين فى اقراره بالرق ، فان قلنا : يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق ، وان قلنا : لا يقبل لم يحلف ، لأن اليمين انما تعرض ليخاف فيقر ، ولو أقر لم يقبل فلم يكن فى عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق) .

الشرح إذا جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القـود حـراً كان المجنى عليه أو عبداً ، لأن إقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه فيما إذا كان المجنى عليه عبداً أو حراً فقبل إقراره فيه . وإن كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته ، لأن ذلك مضر به، فان كان أرشها أكثر من قيمته وكان فى يده

مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله فى إسقاط الزيادة ؛ لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل : تجب الزيادة فى بيت المال لأن ذلك كان واجباً للمجنى عليه فلا يقبل قوله فى إسقاطه .

وإن جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجانى حراً سقط ، لأن الحر لا يقاد منه للعبد ، وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص . وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار ، فإن لم تكن له بينة فلا شىء له ؛ أما إذا ادعاه بعد بلوغه فأنكر اللقيط فالقول قوله لاستصحاب الأصل وهو الحرية ، وهى حق لله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الوقف

(الوقف قربة مندوب اليها لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه « أتى النبى صلى الله عليه وسلم وكان قد ملك مائة سهم من خيبر ، فقال : قد أصبت مالا لم أصب مثلم ، وقد أردت أن أتقرب به الى الله تعالى ، فقال : حبس الأصل وسبل الثمرة » .

فصـــل ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « انه ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم انه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب ، يعنى الصدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما نقم ابن جميل الا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله فأما خالد فانكم تظلمون خالداً ، ان خالدا قد حبس أدرعه واعتده معاً فى سبيل الله » ولأنه لما أمر عمر رضى الله عنه بتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة ، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به .

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لانه لا يمكن الانتفاع به على الدوام ، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان ، لانه يرجى الانتفاع به على الدوام ، ولا يجوز وقف الحمل لانه تمليك منجز فلم يصح فى الحمل وحده كالبيع .

فصـــل واختلف أصحابنا فى الدراهم والدنانير ، فمن أجاز اجارتها أجاز وقفها ، ومن لم يجز اجارتها لم يجز وقفها ، واختلفوا فى الكلب فمنهم من قال : لا يجوز وقفه لأن الوقف تمليك والكلب لا يملك . ومنهم من قال : يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفى الكلب منفعة فجاز وقفه ، واختلفوا فى أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لانه ينتفع بها على الدوام فهى كالأمة القنة ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنها لا تملك .

فصـــل ولا يصح الوقف الا فى عين معينة ، فان وقف عبداً غير معين

أو فرساً غير معين فالوقف باطل ، لأنه ازالة ملك على وجه القربة فلم يصح فى عين فى الذمة كالعتق والصدقة) .

الشرح حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه بلفظ « أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال : يا رسول الله قد أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى ؟ فقال : إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر — على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث — فى الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول » وفى لفظ « غير متأثل مالا » .

وفى حديث عمرو بن دينار عند البخارى قال فى صدقة عمر « ليس على الولى جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً له غير متأثل » قال « وكان ابن عمر هو الذى يلى صدقة عمر ويهدى لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم » وللحديث روايات للبيهقى والطحاوى والدارقطنى .

ورواه النسائى وابن ماجه والشافعى عن ابن عمر ، وهو متفق عليه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، قال عمر للنبى صلى الله عليه وسلم « إن المائة سهم التى لى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلىّ منها ، وقد أردت أن أتصدق بها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احبس أصلها وسبل ثمرتها » .

وأما حديث أبى هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبى صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فاغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً ، قد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله تعالى . وأما العباس فهى علىّ ومثلها معها . ثم قال : يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه » وأخرجه البخارى وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له فى العباس . وأخرجه أبو داود الطيالسى من حديث أبى رافع وفيه أن النبى صلى الله عليه وسلم

قال لعمر « إنا كنا تعجلنا صدقة مال العباس عام الأول » وأخرجه الطبرانى والبزار وفى إسناده محمد بن ذكوان ، وهو ضعيف . ورواه البزار من حديث موسى بن طلحة عن أبيه نحوه . وفى إسنـاده الحسن بن عمارة وهو متروك . ورواه الدارقطنى من حديث ابن عباس ، وفى إسناده مندل بن على والعرزمى وهما ضعيفان .

أما اللغات فالوقف مصدر وقف يقف ، ووقفته أنا يتعـدى ويلزم ، ووقفت الدار حبستها فى سبيل الله ، وشيء موقوف ووقف تسمية بالمصدر ، والجمع أوقاف ، كثوب وأثواب ، ولا يقال أوقفت إلا فى الكلام ، فتقول فأوقفت عن الكلام . قال الأزهرى : يقال : حبست الأرض ووقفتها وحبست أكثر استعمالا قال أهل اللغة : يقال : وقفت الأرض وغيرها أقفها وقفاً هذه اللغة الفصيحة المشهورة قال الجوهرى وغيره : ويقال أوقفتها فى لغة رديئة قال : وليس فى الكلام أوقفت إلا حرفاً واحداً أوقفت عن الأمر الذى كنت عليه قال أبو عمرو : كل شيء أمسكت عنه تقول فيه أوقفت قال الكسائى : يقال : ما أوقفك هنا أى ما صيرك إلى الوقوف ؟ قال الشافعى : لم تحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً وإنما حبس أهل الإسلام .

وقال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات : الوقف والتحبيس والتسبيل بمعنى واحد وهذه هى الصدقة المعروفة وهذه ألفاظ صريحة فيها ، والوقف فى اصطلاح العلماء عطية مؤبدة بشروط معروفة،وهى مما اختص به المسلمون. قال إمامنا الشافعى رضى الله عنه:لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً بحبسها ، قال : وإنما حبس أهل الإسلام . قال صاحب التهذيب : الوقف أن يحبس عيناً من أعيان ماله فيقطع تصرفه عنها ، ويجعل منافعها كوجه من وجوه الخير تقرباً إلى الله تعالى . قال صاحب التتمة : حقيقـة الوقف تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقطع تصرف الواقف وغيره عن رقبته وتصرف منافعه وفوائده إلى وجوه البر ، يقصد به التقرب إلى الله تعالى قال : وسمى وقفاً لأن عين المال موقوفة ويسمى حبساً ، لأن عين المال تصير محبوسة على تلك الجهة بعينها . قال أصحاب العطايا : أقسام الوقف

والهدية والهبة والعمرى والرقبى والمنحة والعارية وصدقة التطوع والوصية والإقطاع اهـ جـ ١ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

وقوله « حبس الأصل وسبل الثمرة » الحبس ضد الإطلاق ، أى اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب . وسبل الثمرة ، أى اجعل لها سبيلا ، أى طريقا لمصرفها،والأثاث متاع البيت،قال الله تعالى « أثاثا ومتاعاً إلى حين » [1] قال الفراء لا واحد له من لفظه وقال أبو زيد : الأثاث يقع على المال أجمع من الإبل والبقر والغنم ومتاع البيت واحدته أثاثة .

وقوله « ما نقم ابن جميل » نقم من باب ضرب نقما ونقوما ، وفى لغة من باب تعب ، ومعناه كره الشىء وعابه أشد العيب ، وفى التنزيل « وما تنقم منا » على اللغة الأولى ، أى ما تطعن فينا وتقدح ، وقيل : ليس لك عندنا ذنب ولا ركبنا مكروها .

والأعتدة جمع عتاد وهو أهبة الحرب من السلاح والذخيرة وغيرهما يقال أخذ للأمر عدته وعتاده أى أهبته وآلته .

أما الأحكام فقد قال النووى فى تصحيح التنبيه فى تعريف الوقف : قال أصحابنا : الوقف تحبيس ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقطع تصرف الواقف وغيره فى رقبته ويصرف، فى جهة خير تقرباً إلى الله تعالى ثم استدل المصنف بحديث ابن عمر على صحة وقف المشاع وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف ومالك ، لأن عمر وقف مائة سهم بخيبر ولم تكن مقسومة ، وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشريكين فيلزم مع وقف أحد الشريكين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكا وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفا ، فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الأعبد كما صح هنا ، وإذا صح من جهة الشارع بل هذا الاستدلال .

---

(١) الآية : ٨٠ من سورة النحل

وقد استدل البخاري على صحة وقف المشاع بحديث أنس فى قصة بناء المسجد وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثامنونى حائطكم ، قالوا ، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله عز وجل » وهذا ظاهر فى جواز وقف المشاع ولو كان غير جائز لأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم قولهم هذا وبين لهم الحكم .

وقال زين الدين بن قطلوبغا من أئمة الأحناف فى رسالته (مسائل الشيوع) وهى نسخة خطية تحت رقم ٢١٥٢ فقه حنفى بدار الكتب والوثائق المصرية : (الشائع ينقسم إلى قسمين شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير وشائع لا يحتمل القسمة كنصف العبد ونصف الحمام ونصف الثوب ونصف البيت الصغير والفاصل بين القسمين حرف واحد وهو أن ننظر لو أن العين كانت بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان أجبره على القسمة كان من القسم الأول وإن لم يجبره كان من القسم الثانى إذ الجبر على الفعل فى محل آية قبول المحل لذلك الفعل .

على أن الوقف عند أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحته قال جابر رضى الله عنه : « لم يكن أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف » ولم ير شريح الوقف وقال : « لا حبس عن فرائض الله » وقال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا لزم بمجرده ، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم ، وحكاه بعضهم عن على وابن مسعود وابن عباس ، وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روى « أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالا : يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فرده النبى صلى الله عليه وسلم ثم ماتا فورثهما » رواه المحاملى فى أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضى الله عنهم فإنه صلى الله عليه وسلم قال

لعمر فى وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذى : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، لا تعلم بين أحد من المتقدمين منهم فى ذلك اختلافاً .

قال الحميدى شيخ البخارى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق على بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصروأمواله بالمدينة على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط [1] ، وداره بمكة على ولده ، وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده قال : فذلك كله إلى اليوم اهـ .

فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً ، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية ، فإذا أنجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وأجيب عن حديث عبد الله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، واستناب فيها النبى صلى الله عليه وسلم فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولذلك لم يردها عليه ، وإنما دفعها إليهما ، ويحتمل أن الحائط كان لهما ، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه ، وأتيا النبى صلى الله عليه وسلم فرده إليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما تفتقر إلى القبض ، والوقوف لا يفتقر اليه فافترقا ، فاذا صح الوقف فقد زال به ملك الواقف على المشهور من مذهبنا والصحيح من مذهب أحمد ، وكذلك المشهور من مذهب أبى حنيفة ، وعن مالك : لا يزول ملكه ، وهو قول لأحمد . وحكى قولاً للشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « حبس الأصل وسبل الثمرة » .

---

(١) الوهط بستان فى الطائف وقفه عمرو بن العاص على الفقراء والمساكين وكانت أعراشه تمتد على الف الف عود من الساج الهندى (الأبنوس الأبيض) وكان عبد الله ولده متنظراً عليه بعد وفاة أبيه كان يقول : « اذا سلم لى كتاب الله والوهط والصادقة فلا أبالى بالدنيا » والصادقة هى الصحيفة التى دون فيها ما سمعه شفاهاً من حديث النبى ﷺ ـ (المطيعى) .

وأجيب على القول ببقاء الملك بأن الوقف سبب يزيل التصرف فى الرقبة والمنفعة ، فأزال الملك كالعتق ، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك .

إذا صح هذا فما ينتفع به باتلافه كالمطعوم والمشروب والمشموم فوقفه غير جائز ، وكذلك الشمع ، وكذلك ما يسرع إليه الفساد وكل ما لا يمكن الانتفاع به على الدوام وقد ألحق الحنابلة الدراهم والدنانير بالمأكول والمشروب ، ويحكى شىء عن مالك والأوزاعى فى وقف الطعام أنه يجوز ، ولم يحكه أصحاب مالك ، وهذا غير صحيح ، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك ولا يصح فى المشموم مقطوفا ويصح فيه مزروعا لبقائه مدة كما قاله النووى وغيره ، ولهذا قال ابن الصلاح والخوارزمى : يصح وقف المشموم كالريحان وغيره وكالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لاستهلاكه بالمنفعة وقد اختلف أصحابنا فى الدراهم والدنانير فمن قال بجواز أن تكون لها ثمرة دائمة كالإجارة أجاز وقفها ، ومن قال بعدم جواز الإجارة ، قال بعدم جواز الوقف فيها ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن فى الغصب فلم يجز الوقف له وأجاز الأصحاب وقف الدراهم والدنانير حلياً وللعارية لما روى نافع قال : « ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته » رواه الخلال بإسناده ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائمة فصح وقفها كالعقار ، ولأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار ، وإلى هذا ذهب أصحاب أحمد .

وروى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة فى وقفه ، وذكره ابن أبى موسى ، ووجه هذه الرواية أن التحلى ليس هو المقصود الأصلى من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم .

قال ابن قدامة : والأول هو المذهب والتحلى من المقاصد المهمة ، والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع فى إسقاط الزكاة عن متخذه وجواز إجارته لذلك ، ويفارق الدراهم والدنانير ، فإن العادة لم تجر بالتحلى به ولا اعتبره الشرع فى إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه فى الغصب بخلاف مسألتنا .

فرع لا يجوز وقف ما لا يجوز امتلاكه كالكلب ولو كلب صيد وكذلك الخنزير . كما لا يجوز وقف أدوات اللهو والمعازف ، والكلب إنما أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للقدرة فلا يجوز التوسع فيها . هذا هو الأصح كما قرره النووى فى المنهاج وتابعه جميع الشراح .

كما لا يجوز الوقف إلا على عين معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة . وضابط المنفعة المقصودة ما يصح استئجاره ، على شرط ثبوت حق الملك فى الرقبة . وشمل كلام النووى فى المنهاج وقف الموصى بعينه مدة والمأجور وإن طالت مدتهما ونحو الجحش الصغير وإن لم تكن لأولئك منفعة حالا ، ولا يصح وقف حيوان أو متاع أو ثياب فى الذمة لأن حقيقته إزالة ملك عن عين . نعم يجوز التزامه فيها بالنذر . وبهذا كله قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع ((لأن عمر رضى الله عنه وقف مائة سهم من خيبر باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم)) لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة ، والمشاع كالمقسوم فى ذلك ، ويجوز وقف علو الدار دون سفلها وسفلها دون علوها ، لانهما عينان يجوز وقفهما ، فجاز وقف احدهما دون الآخر كالعبدين .

فصل ولا يصح الوقف الا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والأقارب ، فان وقف على ما لا قربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح ، لأن القصد بالوقف القربة ، وفيما ذكرناه أعانة على المعصية ، وان وقف على ذمى

جاز لانه فى موضع القربة ، ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه ، وفى الوقف على المرتد والحربى وجهان :

(احدهما) يجوز لانه يجوز تمليكه فجاز الوقف عليه كالذمى .

(والثانى) لا يجوز ، لان القصد بالوقف نفع الموقوف عليه ، والمرتد والحربى مامور بقتلهما فلا معنى للوقف عليهما ، وان وقف على دابة رجل ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، لأن مؤنتها على صاحبها .

(والثانى) يجوز لأنه كالوقف على مالكها .

فصل ولا يجوز ان يقف على نفسه ، ولا أن يشرط لنفسه منه شيئا . وقال ابو عبد الله الزبيرى (١) : يجوز لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة وقال « دلوى فيها كدلاء المسلمين » وهذا خطأ ، لأن الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن الوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه لان ذلك وقف عام ويجوز ان يدخل فى العام ما لا يدخل فى الخاص ، والدليل عليه « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى المساجد » وهى وقف على المسلمين ، وان كان لا يجوز ان يخص بالصدقة ، ولان فى الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ، ولا يدخل فى الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما .

فصل ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لانه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة .

فصل ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين ، والوقف على من يختاره فلان لانه تمليك منجز فلم يصح فى مجهول كالبيع والهبة) .

الشرح خبر عمر رضى الله عنه مضى تخريجه وبعض فقهه . ولما تكلم المصنف فى منع وقف غير المعين ناسب أن يردفه بحكم المشاع ، وبجوازه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وأحمد ، وقال محمد بن الحسن :

---

(١) فى نسخ المهذب المتداولة الزبيدى وصوابه الزبيرى ــ المطيعى .

لا يصح ، وبناه على أصله فى أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصح فى المشاع وخبر عمر هو أول وقف شرع فى الإسلام حيث لم يكن وقف فى الجاهلية .

وقال الشافعي رضي الله عنه : إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية . وقيل إن أول وقف ما وقفه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أموال مخيريق التى أوصى بها له فى السنة الثالثة .

وصحح أصحابنا وقف المشاع وإن جهل قدر حصته أو صفتها ، لأن وقف عمر كان مشاعا ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعا كالبيع ، أو عرضة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المفرز ، ولا نسلم اعتبار القبض .

اذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يوقف جزءاً من داره أو علويها أو سفليها . وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم ، لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزءين .

فــرع إذا لم يكن الوقف على بر أو معروف فهو باطل ، وبيان ذلك أنه لا يصلح إلا على ولده وأقاربه ورجل معين ، أو بناء المساجد والجسور والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات ولا يصلح على غير معين كرجل وامرأة ، لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار لعبدتها والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر ، وهذه الكتب مبدلة منسوخة . ولذلك غضب النبى صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شىء من التوراة وقال : « أفى شك أنت يا ابن الخطاب ؟ » وفى رواية « أمتهوكون أنتم ؟ والله لو كان موسى حياً ما وسعه إلا اتباعى » وفى رواية « ألم آت بها بيضاء

نقية ؟ لو كان موسى أخى حياً ما وسعه إلا اتباعى » فلولا أن ذلك معصية ما غضب صلى الله عليه وسلم منه .

والوقف على قناديل البيعة أو معابد البوذيين أو دور الهندوك أومحافل البهائيين أو القاديانيين أو أى معبد يقوم على غير أصل الإسلام وخلوص الوحدانية من شوائب الزيغ باطل .

وقال أحمد بن حنبل فى نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى ، فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم ، ولعل أحمد رحمه الله نظر فى أمر وقفها فقضى ببطلانه وأنها تؤول إلى أصحابها فلمن تؤول إذا كان الواقفون قد ماتوا ؟ فكأنما تؤول إلى أبنائهم قبل أن يسلموا لعدم التوارث بعد الإسلام، وكأنها آلت إليهم بغير قبض ــ أى حكما لا حقيقة ــ قبل الإسلام ، فلما أسلموا كانوا كمن له مال مغصوب فى يد الكهان وسدنة الكنائس لذا كان لزاماً على المسلمين عونهم حتى يصلوا إلى حقهم .

وهذا هو مذهب الشافعى رضى الله عنه ولا نعلم فيه خلافا ، ولأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمى كالوقف على غير معين .

فإن قيل : فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم ننقض ما فعلوه ، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك فى الموقوف على وجه القربة ، فإذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق ، وقد أفتى أحمد رضى الله عنه فى نصرانى أشهد فى وصيته أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال : هو حر ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين . وروى عنه قال : هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية .

وظاهر كلام المصنف التفرقة بين الذمى ومعابد الكفار ، حيث يقول :

وإن وقف على ذمي جاز الخ . قلت : هذا مبنى على أصل أن الوقف لا يصح على من لا يملك ، كالوقف على القن وأم الولد والجن والملائكة ولأنه يجوز التصدق عليه أما الوقف على المرتد والحربى فى صفوف الأعداء فوجهان ، فمن جعله كالذمى أجاز الوقف عليه ومن قال إن القصد من الوقف نفع الموقوف عليه ونحن مأمورون بقتل المرتد والحربى ، وهذا أقصى درجات الحرمان وهو فقد الحياة ، فكيف يجوز إيصال المنفعة إليه ؟ ولأن أموال المرتدين والمحاربين مباحة فى الأصل ، ويجوز أخذها بالقهر والغلبة ، فما يتجدد لهم أولى على أن الوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ منه لأنه تحبيس الأصل .

وفارق أهل الذمة فانه يصح الوقف عليهم لأنهم يملكون ملكا محترما ، ولأن صفية أم المؤمنين وقفت على أخ لها يهودى ، ولأن من جاز أن يقف الذمى عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا لأن الوقف عليهم لا على الموضع .

فرع لا يجوز أن يخص نفسه بالوقف وكذلك إذا جعله عاماً وجعل لنفسه شيئاً منه فإنه لا يجوز وقيل : يجوز ، واستدل القائلون بجوازه ، ومنهم أبو عبد الله الزبيرى وابن حجر العسقلانى فى فتح البارى بحديث بئر رومة ، وهو عن عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال « من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ؟ فاشتريتها من صلب مالى » رواه النسائى والترمذى وقال : حديث حسن ، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه .

وفى رواية للبغوى فى كتاب الصحابة من طريق بشر بن بشير الأسلمى عن أبيه أنها كانت لرجل من بنى غفار عين يقال لها رومة . وكان يبيع منها القربة بمد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم تبيعنيها بعين فى الجنة ؟ فقال : يا رسول الله ليس لى ولا لعيالى غيرها ، فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة

وثلاثين ألف درهم . ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : آتجعل لى ما جعلت له ؟ قال : نعم قال : قد جعلتها للمسلمين » والنسائى من طريق الأحنف عن عثمان قال : « اجعلها سقاية للمسلمين وأجرها لك » وزاد أيضاً فى رواية من هذه الطريق أن عثمان قال ذلك وهو محصور ، وصدقه جماعة منهم على بن أبى طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبى وقاص .

وفى قوله : « فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين » الدليل على جواز أن يجعل الواقف لنفسه نصيباً فى الوقف ، قالوا : ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف ، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره . هكذا قالوا ، قال ابن حجر فى فتح البارى : ويستنبط منه صحة الوقف على النفس وهو قول ابن أبى ليلى وأبى يوسف وأحمد فى الأرجح عنه . وقال به ابن شعبان من المالكية ، وجمهورهم على المنع إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيراً بحيث لا يتهم أنه قصد حرمان ورثته . ومن الشافعية أبو العباس بن سريج وطائفة . وصنف فيه محمد بن عبد الله الأنصارى شيخ البخارى جزءاً ضخما ، واستدل له بقصة عمر هذه ، وبقصة راكب البدنه ، وبحديث أنس فى أنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، ووجه الاستدلال به أنه أخرجها عن ملكه بالعتق وردها إليه بالشرط . ا هـ .

وقد حكى جواز الوقف على النفس ابن شبرمة والزبيرى ، وعن الشافعى ومحمد بن الحسن أنه لا يصح الوقف على النفس ، قالا : لأنه تمليك فلا يصح أن يتملكه لنفسه من نفسه كالبيع والهبة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « سبل الثمرة » وتسبيلها تمليكها للغير .

قال ابن حجر : وتعقب بأن امتناع ذلك غير مستحيل ، ومنعه تمليكه لنفسه إنما هو لعدم الفائدة . والفائدة فى الوقت حاصلة لأن استحقاقه إياه وقف ا هـ . قلت : وقد استدل القائلون بصحة الوقف على النفس بحديث الرجل الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم « عندى دينار ، فقال : تصدق به على نفسك » رواه أبو داود والنسائى وقال ابن قدامة : قال الأثرم :

قيل لأبي عبد الله – يعني أحمد بن حنبل – يشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه ؟ قال : نعم . واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى « أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر . ا هـ . ودليل المانعين وهم مالك والشافعي ومحمد بن الحسن أنه إزالة ملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

وقال النووي في المنهاج « ويصح على ذمي لا مرتد وحربي ونفسه في الأصح » وقد فهم بعض الشراح كما يقول الرملي من هذا أن النووي صحح الوقف لنفسه ، والذي يتبادر إلى الفهم من كلام النووي أن عطف نفسه يرجع على المعطوف عليه وهو ذمي المقول بصحة الوقف عليه ، ولكن الرملي رحمه الله قال : لتعذر تمليك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة ، إذ استحقاقه وقفاً غيره ملكا الذي نظر له مقابل الأصح . واختاره جمع ، ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه ، أو انتفاعه به أو شربه منه أو مطالعته في الكتاب أو طبخه في القدر أو استعماله من بئر أو كوز وقف ذلك على الفقراء فيبطل الوقف بذلك ، خلافاً لبعض الشراح هنا ، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان في وقفه لبئر رومة دلوي فيها كدلاء المسلمين . قال : وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط ، بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام ، كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها . نعم ، لو شرط أن يضحى عنه صح أخذاً من قول الماوردي وغيره بصحة شرط أن يحج عنه منه ، أي لأنه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضر ، بل هو المقصود من الوقف ، ولو وقف على الفقراء مثلا ثم صار فقيراً جاز له الأخذ منه . وكذا لو كان فقيراً حال الوقف ، كما في الكافي واعتمده السبكي وغيره ، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجرة المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح .

ومن حيل الفقهاء الذين يمنعون الوقف بهذه الصورة أن ابن الرفعة وهو من كبار الفقهاء وقف على الأفقه من بنى الرفعة ، فعنى بذلك نفسه ، أو يأتى آخر ويقف على أولاد أبيه الذين من صفاتهم كيت وكيت ويضفى صفات نفسه على المنتفع من الوقف فينصرف ذلك إلى نفسه ، وقد صحح هذه الحيلة الرملى وقال : وهو الأوجه وإن خالف فى الإسنوى وغيره تبعاً للغزالى والخوارزمى فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح .

فــــرع

إذا وقف على من لا يصح تمليكه أو غير مؤهــل للملك ، لأن الوقف تمليك منفعة ، وضرب مثلا بالعبد والحمل . لأن الجنين لا يملك شــيئاً ، كما لا يصح الوقف على مجهول أو معدوم كعلى مسجد سيبنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير . ولا على عمارة المســجد إذا لم يبينه بموضعه ولا على ميت لأن الوقف تسليط فى الحــال بخــلاف الوصية ، كما لا يصح الوقف على بهيمة مجهولة بأن أطلق بغير تعيين ، وقيل هو وقف على مالكها ، ومن ثم لا يصح على الوحوش ، ولا على الطيــور المباحة ، ولو كانت معينة على نزاع فى الجزم به .

فــــرع فى مذاهب العلماء فى شروط الواقفين .

(أ) ما يشترطه الواقفون فى أوقافهم مــن الشروط المقيــدة لحــرية المستحق ، فى الزواج والإقامة والاستدانة ، شروط معتبرة عند فقهاء الحنفية ولم أر فى كلام متقدميهم أى إشارة إلى إهدار شيء منهــا أو ما يشــعر بالخلاف فى ذلك وكثر ذكرها فى فتاوى متأخريهم واطرد القول باحترامهــا والمحاكم الشرعية فى مختلف العصور تنسج على هذا المنوال .

وقد عد الشافعية اشتراط عدم الزواج من الشروط التى لا تجوز شرعا . ففى التحفة أن شروط الواقف التى لم تخالف الشرع معتبرة أما ما خالف الشرع كشرط العزوبة فى سكان المدرسة مثلا فإنه لا يصــح كما أفتى به البلقينى وعلله بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع أى من الحض على التزوج وذم العــزوبة ، وقال إنه يؤخذ من ذلك عدم الصحة فيما لو وقف

على أولاده إلا من أسلم . ولكنهم قالوا إنه لو وقف على زوجته أو أم ولده ما لم تتزوج بطل حقها بتزوجها لأن له غرضاً ألا يخلفه أحد على حليلته (١) .

وقال الحنابلة : لو وقف على أولاده وشرط أن من تتزوج من البنات لا حق لها أو وقف على زوجته مادامت عازبة صح شرطه ولكن ابن القيم تناول فى كتابه (إعلام الموقعين) شروط الواقفين وحمل حملة قوية على اشتراط العزوبة وترك الزواج وانتهى إلى أن ما وافق كتاب الله وشرطه فهو صحيح وما خالفه كان باطلا مردوداً (٢) .

(ب) وقال فقهاء الحنفية : إن كل شرط يوجب تعطيلا لمصلحة الوقف أو تفويتاً لمصلحة الموقوف عليهم يكون غير معتبر وعدوا من ذلك ما لو شرط الصرف إلى الموقوف عليهم مع الاحتياج إلى الريع للعمارة الضرورية وما لو اشترط ألا يقام على وقفه ناظر أصلا (٣) ، وقال هلال فى وقفه إنه لو جعل داره مسجداً لله على أن له أن يبيعه فيستبدل به جاز الوقف وبطل الشرط لأن شرط الاستبدال إنما جاز فى وقف غير المسجد رغبة فى الحصول على غلة أجود والمسجد لا يراد للغلة وإنما تراد منه الصلاة (٤) وما يدل عليه هذا من بطلان الشرط إذا لم تكن له فائدة ولم يكن للواقف منه غرض صحيح قد صرح به الطرسوسى فى أنفع الرسائل وأورده صاحب الدر المنتقى . وقال متأخروهم إن شرط الواقف يجب اتباعه إلا فى مسائل ومنهم من عدها سبعاً ومنهم من بلغ بها أربع عشرة ثم عاد فردها إلى إحدى عشر ، وظاهر كلامهم أن العد على سبيل الحصر وأنه لا تجوز المخالفة فى غيرها . وذكر بعضهم أيضاً أن شرط الواقف لا يخالف إلا إذا كان راجعاً إلى الغلة ، أما إذا كان راجعاً إلى غيرها فإنه لا يخالف . غير أنى وجدتهم لا يعتمدون فى هذا الحصر على نقل عن المتقدمين وأنهم جمعوا مسائل منثورة قيل فيها

(١) التحفة جـ ٢ ص ٣٢٤ ، ٣٣٠
(٢) جـ ١ ص ٣٧٣ وما بعدها .
(٣) رد المحتار جـ ٢ ص ٤٣٣ والدر المنتقى ص ٧٦٣
(٤) ص ٢٧٠
(٥) ١١٦

بالمخالفة ومنهم من زاد عليها تفريعاً من عنده اعتماداً على ما ورد فى عللها . والحق أن علل ما ورد عن المتقدمين وما قرره فقهاء الحنفية بوجه عام من أن الوقف يجب أن يعمل فيه بما هو أصلح للوقف ومستحقيه دليل على أن الحصر لا وجه له ، لا من ناحية النقل ولا من ناحية المعنى ، وأن الفقه يقضى بأنه لا يعمل بشرط الواقف إذا كان فى العمل به تفويت لمصلحة الوقف أو المستحقين . ومن المسائل التى ذكروها شرط ألا يكون لقاض ولا لوال كلام على وقفه أو ألا يعزل ناظر وقفه إذا خان فقد اجتمع فى هذين الشرطين تغيير المشروع وضياع مصلحة الوقف ومستحقيه . وشرطه ألا يؤجر إلا بكذا وهو أقل من أجر المثل . وشرطه استواء المستحقين مع العمارة الضرورية إذا ضاق الريع ، أو استواء أرباب الشعائر مع بقية المستحقين عند ضيق الريع ، وشرطه التصدق بفاضل الغلة على من يسأل بالمسجد الفلانى لأن تعيين المكان لا فائدة فيه ، وشرطه ألا يؤجر وقفه أكثر من سنة فلم يوجد من يستأجره هذه المدة أو كان فى تأخيره أكثر من هذه المدة زيادة نفع المستحقين ، وشرطه عدم الاستبدال به إذا كانت المصلحة فى الاستبدال، والموقوف للسكنى إذا احتاج للعمارة وأبى الموقوف عليه عمارته أو لم يستطع استغل وعمر بالغلة ، ولو شرط لحماً وخبزاً للمستحقين فأرادوا أخذ القيمة دفعت إليهم ، ولو شرط ألا يؤجر لمماطل فتقدم لاستئجاره من عرف بالمماطلة ولكنه عجل الأجرة أجر له ، لأن غرض الواقف من شرطه هو المحافظة على غلة وقفه وقد تحقق هذا بتعجيل الأجرة [1] .

وقال الأحناف إن الشرط المباح الذى لا يظهر منه قصد القربة ظاهر كلام الأصحاب والمعروف عن المذهب وجوب العمل به وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم [2] ، وقد سبق أن نقلنا فى أكثر من موضع ما قاله ابن تيمية فى الاختيارات وما نقله عنه تلميذه صاحب الفروع . ومن كل أقواله يظهر جلياً أن الشروط المباحة فى نظرة باطلة وكذلك الشروط التى يترتب على العمل بها فوات المقصود وأن معنى بطلانها ترك العمل بها .

---

(١) الأشباه بحاشية الحموى جـ ١ ص ٣٠٥ ، وبحاشية ابى السعود نسخة خطية ، والدر المنتقى فى الموضع السابق .
(٢) جـ ٢ ص ٤٥٣ ، ٤٥٤

وقال ابن القيم فى إعلام الموقعين : إن ما ليس بقربة لا يجب الوفاء به فى النذر ولا يصح اشتراطه فى الوقف ، فإن قلتم إن الواقف لم يخرج ماله إلا على وجه معين فلزم اتباع ما عينه فى الوقف من ذلك الوجه ، والناذر قصد القربة والقرب متساوية فى المساجد غير الثلاثة فتعيين بعضها يكون لغوا ، قيل هذا الفرق بعينه يوجب عليكم إلغاء ما لا قربة فيه من شروط الواقفين واعتبار ما فيه قربة فإن الواقف إنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله فتقربه بوقفه كتقربه بنذره . وقد أطال فى تحقيق ذلك منتصراً للقول ببطلان الشرط إذا كان مباحاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن يرجع فيه اذا شاء ، او يبيعه اذا احتاج او يدخل فيه من شاء ، او يخرج منه من شاء ، لانه اخراج مال على وجه القربة ، فلم يصح مع هـــذه الشروط كالصدقة .

فصـــل ولا يجوز الى مدة لانه اخراج مال على وجه القربة فلم يجز الى مدة كالعتق والصدقة) .

الشرح الأحكام : لا يجوز تعليق ابتــداء الوقف على شرط فى الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس ، أو إذا ولد لى ولد أو قدم لى غائبى ونحو ذلك . ولا نعلم فى هذا خلافا ، لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية ؛ فلم يجز تعليقه بالموت ، وتعليقه بشرط فى الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله : دارى وقف إلى سـنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة ، لأنه ينافى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه التأبيد (والوجه الآخر) عندهم يصح لأنه منقطـع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء ، فإن حكمنا بصحته ههنـا فحكمه حكم منقطع الانتهاء .

وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا تعلم فيه خلافاً ، لأنه ينافى مقتضى الوقف . ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن شرط الخيار فى الوقف فسد . هكذا قال الشافعى ونص عليه أحمد .

وقال أبو يوسف فى رواية عنه : يصح ، لأن الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط ينافى مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح الخيار فيه كالعتق ، ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ، ويفارق الإجارة فانها عقد معاوضة وهى نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف ، وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا . وإن شرط فى الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم ، لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع .

اذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يقول : وقفت هذا على الفقراء أو على مسجد مثلا سنة مثلا ، وبطلانه من فساد صيغته ، إذ أن وضع الوقف على التأبيد فإذا جعله إلى مدة كان باطلا كالعتق والصدقة ، وسواء فى ذلك طويل المدة وقصيرها وقد بحث الأذرعى كما فعل الزركشى جوازه إذا وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد البقاء إليه ، كما تقرر أنه لا أثر لتوقيت الاستحقاق ، كقوله : وقفته على زيد سنة ثم على الفقراء ، أو إلى أن يولد لى ولد ، كما نقله البلقينى عن الخوارزمى وهو ما جزم به ابن الصباغ وجرى عليه فى الأنوار والله تعالى أعلم .

فــرع فى توقيت الوقف وإطلاقه ومذاهب العلماء .

فى المادة الخامسة من قانون الأوقاف المصرى رقم ٤٨ الصادر فى سنة ١٩٤٦ .

وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤيداً ، أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين وقد أقتها بستين سنة كحد أقصى وعند أبى حنيفة وأصحابه يجوز التأقيت فى الوقف على البر والخيرات ويجب التأقيت فيما عدا ذلك قالوا : والوقف الذى يجب تأقيته هو الوقف على غير وجوه الخير وهو الوقف الذى لا يكون على سبيل القربة ، فإذا جعل غلة الوقف مصروفة لأولاده وذريته كان من هذا النوع ، وان جعلها مصروفة للفقراء منهم أو للفقراء من أقاربه أو جيرانه كان من الوقف على وجوه الخير ، فالمدار فى التفريق بينهما على المعنى الجامع الذى ذكرناه .

قالوا : فله أن يقف على نفسه ثم من بعده على غيره وقفاً أهلياً مؤقتاً بمدة أو بطبقتين وفقا لأحكام القانون المشار إليه .

وقال العلامة ابن القيم فى أعلام الموقعين « إن ما ليس بقربة لا يجب الوفاء به فى النذور ولا يصح اشتراطه فى الوقف . فإن قلتم : إن انواقف لا يخرج ماله إلا على وجه معين فلزم اتباع ما عينه فى الوقف من ذلك الوجه ، والناذر قصد القربة ، والقرب متساوية فى المساجد غير الثلاثة ، فتعيين بعضها يكون لغواً . قيل هذا الفرق بعينه يوجب عليكم إلغاء ما لا قربة فيه من شروط الواقفين ، واعتبار ما فيه قربة ، فإن الواقف إنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله فتقربه بوقفه كتقربه بنذره . وقد أطال فى تحقيق ذلك منتصراً للقول ببطلان الشرط إذا كان مباحاً وهو مقتضى مذهبنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز الا على سبيل لا ينقطع ، وذلك من وجهين :

(أحدهما) أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما أشبهها .

(والثانى) ان يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض ، مثل ان يقف على رجل بعينه ، ثم على الفقراء او على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء ، فاما اذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء كالوقف على عبده او على ولده ولا ولد له فالوقف باطل ، لان العبد لا يملك ، والولد الذى لم يخلق لا يملك ، فلا يفيد الوقف عليهما شيئاً .

وان وقف وقفاً متصل الابتداء ، منقطع الانتهاء ، بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه او على رجل بعينه ، ثم على عقبه ولم يزد عليه ، ففيه قولان :

(احدهما) ان الوقف باطل ، لان القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام ، وهذا لا يوجد فى هذا الوقف ، لانه قد يموت الرجل وينقطع عقبه .

(والثانى) انه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه الى اقرب الناس الى الواقف ، لان مقتضى الوقف الثواب على التأبيد ، فحمل فيما سماه على ما شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كانه وقف مؤبد ويقدم المسمى على غيره فاذا انقرض المسمى صرف الى اقرب الناس الى الواقف ، لانه من أعظم جهات الثواب ، والدليل عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا صدقة وذو رحم محتاج » .

وروى سليمان بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صدقتك على المساكين صدقة وعلى ذى الرحم اثنتان ، صدقة وصلة » وهل يختص به فقراؤهم ، او يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ فيه قولان :

(احدهما) يختص به الفقراء ، لأن مصرف الصدقات الى الفقراء .

(والثانى) يشترك فيه الفقراء والأغنياء ، لأن فى الوقف الغنى والفقير سواء . وان وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم على الفقراء ، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يبطل قولا واحدا لأن الأول باطل ، والثانى فرع لأصل باطل فكان باطلا ، ومنهم من قال فيه قولان :

(احدهما) انه باطل لما ذكرناه .

(والثانى) انه يصح لأنه لما بطل الأول صار كان لم يكن ، وصار الثانى اصلا . فاذا قلنا : انه يصح فان كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف الى من بعده وهم الفقراء ، لانه لا يمكن اعتبار انقراضه فسقط حكمه ، وان كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) ينقل فى الحال الى من بعده ، لان الذى وقف عليه فى الابتداء لم يصح الوقف عليه ، فصار كالمعدوم .

(والثانى) وهو المنصوص : انه للواقف ثم لوارثه الى ان ينقرض الموقوف عليه ، ثم يجعل لمن بعده لأنه لم يوجد شرط الانتقال الى الفقراء ، فبقى على ملكه .

(والثالث) ان يكون لاقرباء الواقف الى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل للفقراء ، لأنه لا يمكن تركه على الواقف ، لأنه أزال الملك فيه ، ولا يمكن أن يجعل للفقراء لانه لم يوجد شرط الانتقال اليهم ، فكان أقرباء الواقف أحق وهل يختص به فقراؤهم ؟ او يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ على ما ذكرنا من القولين .

فصـــل **وان وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان :**

(احدهما) ان الوقف باطل لأنه تمليك فلا يصح مطلقا ، كما لو قال : بعت دارى ووهبت مالى .

(والثانى) يصح وهو الصحيح لأنه ازالة ملك على وجه القربة فصح مطلقا كالأضحية ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء ، وقد بيناه) .

الشرح الحديث الأول جزء من حديث طويل عن أبى هـريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « والذى بعثنى بالحـق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم اليتيم ولان له فى الكلام ورحم يتمـه وضـعفه ولم يتطاول على جاره بفضل ما آتاه الله ، وقال : يا أمة محمد والذى بعثنى بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صـلته ويصرفهـا إلى غيرهم ، والذى نفسى بيده لا ينظر الله إليه يوم القيامة » رواه الطبرانى فى الأوسط .

قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفيه عبد الله بن عامر الأسلمى ، وهو ضعيف ، وقال أبو حاتم ليس بالمتروك . أما بقية رجاله فثقات .

أما حديث سـلمان بن عامر عـن النبى صلى الله عليـه وسـلم بلفظ

«الصدقة على المسلمين صدقة ، وهى على ذى الرحم ثنتان صدقة وصلة » فرواه أحمد وابن ماجه والترمذى والنسائى وابن حبان والدارقطنى والحاكم وحسنه الترمذى .

أما الأحكام فإنه لا يجوز إلا على سبيل مراد للتأبيد لا للانقطاع ولا يتحقق هذا إلا إذا جعل وقفه لفئة أو طائفة لا تنقرض ،فاذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم مادام أحد من القوم أو من نسلهم باقياً ، لأنه رتبه للمساكين بعدهم والمساكين من مستحقى الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين ، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذى يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ، ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين فى مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميعاً ، وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، فإذا وقفه وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء ، كعلى رجل ، أو رجل ونسله ففيه وجهان :

(أحدهما) البطلان لأنه منقطع . وهو لا يجوز إلا على الدوام .

(والثانى) أنه يجوز لإمكان صرفه إلى أقرب الناس إلى الواقف وإن كانوا أغنياء . وهذا هو أحد القولين عندنا وبه قال أحمد وأصحابه . والثانى يقدم الفقراء منهم وأكثرهم حاجة .

ويحتمل أن يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء . فجزء يصرف إلى الغزاة فى سبيل الله وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته . وهم خمسة أصناف لأنهم أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن ، فكان من نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره وإن ساواه فى الحاجة .

فــــرع سبق أن قررنا أن الوقف على من لا يملك باطل ، فإذا وقف

وقفاً متصلا غير منقطع فى دوامه واستمراره إلا أنه منقطع فى ابتـدائه بأن وقفه على عبد أو جنين فى بطن أمـه على أن يؤول بعد ذلك إلى الفقـراء فلأصحابنا طريقان (الأول) يبطل لبطلان أوله قولا واحـداً . (والثـانى) يصح لصحة استمراره ودوامه فيصير أوله كأن لم يكن ويصرف الوقف على وجهه الصحيح .

وقد بحث الرملى فى شرحه على المنهاج المسألة فقال : ولو قال وقفت على أولادى أو على زيد ثم نسله أو نحـوهما مما لا يدوم ولم يزد على ذلك فالأظهر صحة الوقف ، لأن مقصوده القربة والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخـير ، فإذا انقرض المذكور أو لم تعـرف أرباب الوقف فالأظهر أنه يبقى وقفاً ، لأن وضع الوقف الدوام كالعتـق ، ولأنه صرفه عنه فلا يعود ، كما لو نذر هديا إلى مكة فرده فقراؤها .

(والثانى) يرتفع الوقف ويعود ملكا للواقف أو إلى ورثته إن كان مات ، لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد فتعين ارتفاعه ، والأظهـر ما أفتى به الزين العراقى أن المراد بما فى كتب الأوقاف ثم الأقرب إلى الواقف أو المتوفى قرب الدرجـة والرحـم لأقرب الإرث والعصوبة فلا ترجيح بهما فى مستويين فى القرب من حيث الرحـم والدرجة . ومن ثم قال : لا يرجح عم على خالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقر ، ولا يفضل الذكر على غيره فيما يظهر ولكن بالقرب إلى الواقف ، لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات ، فإذا تعـذر الرد للواقف تعين أقربهم إليه ، لأن الأقارب مما حث الشرع عليهم فى جنس الوقف لخبر أبى طلحة : « أرى أن تجعلها فى الأقربين » . وبه فارق عـدم تعينهم فى نحـو الزكاة ، على أن لهذه مصرفا عينه الشارع بخلاف الوقف ، ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الريع لصالح المسلمين ، كما نص عليه البويطى فى الأولى ، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم الرازى وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، أو قال : ليصرف من غلته لفلان كذا ، وسكت عن باقيها فكذلك ، وصرح فى الأنوار بعدم اختصـاصه بفقـراء بلد الوقف بخلاف الزكاة .

أما الإمام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه ، كما أفاده الزركشى ، وهو ظاهر .

ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لى ، أو على مسجد سيبنى ثم على الفقراء مثلا فالمذهب بطلانه لتعذر الصرف إليه حالا ومن بعده فرعه والطريق الثانى فيه قولان : أحدهما الصحة ، وصححه المصنف فى تصحيح التنبيه ولو لم يذكر بعد الأول مصرفا بطل قطعا ، لأنه منقطع الأول والآخر . ولو قال وقفت على أولادى ومن سيولد لى على ما أفصله ، ففصله على الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح ، ولا يؤثر فيه قوله : وقفت على أولادى ومن سيولد لى ، لأن التفصيل بعده بيان له ، أو كان الوقف مقطوع الوسط كوقفته على أولادى ثم على رجل ، وأبهم لأنه لا يضر تردد فى صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعينه ، إذ لا يتحقق الانقطاع إلا مع الإبهام من كل وجه . ثم قال : ثم على الفقراء ، فالمذهب صحته لوجود المصرف حالا ومآلا .

ولو اقتصر على قوله : وقفت كذا ولم يذكر مصرفا ، أو ذكر مصرفا متعذراً كوقفت كذا على جماعة فالأظهر بطلانه .

ولو وقف على شخصين ثم الفقراء مثلا فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر ، لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم يوجدوا إذا امتنع الصرف إليهم فالصرف لمن ذكره الواقف أولى . والثانى : يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا ، ومحل الخلاف ما لم يفصل ، وإلا بأن قال : وقفت على كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكى فلا يكون نصيب الميت منهما للآخر انتقاله للأقرب إلى الواقف .

ولو وقف عليهما وسكت عمن يصرف له بعدهما فهل نصيبه للآخر ؟ أو لأقرباء الواقف ؟ وجهان أوجههما كما أفاده الرملى الأول وصححه الأذرعى .

ولو رد أحدهما أو بان ميتا فالقياس على الأصح صرفه للآخر . ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم للفقراء ، فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد ، قال الماوردى والرويانى لا شىء لبكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء ، لأنه رتبه بعد عمرو ، وعمرو بموته أولا لم يستحق شيئاً فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئاً .

وقال القاضى أبو الطيب : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه ، كما لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء ، فمات ولد الولد ثم الولد يرجع للفقراء .

ويوافقه فتوى البغوى فى مسألة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف فى وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعد عند استحقاقه . قال الزركشى : وهذا هو الأقرب .

ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء ، فالأوجه كما صححه الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط ، لأن أولاد الأولاد لم يشرط لهم شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

واختار ابن أبى عصرون دخولهم ، وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم وفيما ذكرنا كله مذهب أحمد وأصحابه فى الأوجه والأقوال وطرق الترجيح .

فــرع إذا أطلق ولم يعين مصرف الوقف فالصحيح أنه يصح ، لأنه إزالة ملك على وجه التقرب إلى الله تعالى ، وما أطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود فى الشرع ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء فيصرف إلى أقرب الناس إليه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فــرع فى ترتيب طبقات الاستحقاق ومذاهب العلماء .

لا خلاف بين الفقهاء فى وجوب العمل بما يدل عليه كلام الواقف إذا كان قاطعاً فى أن الترتيب بين الطبقات ترتيب أفرادى أو ترتيب جملى ، ويؤكد

هذا اتفاقهم ـ إذا استثنينا ابن تيمية ومن رأى رأيه على أن شرط الواقف كنص الشارع ، وأنه يجب العمل به إلا فى أحوال خاصة ، والخلاف بين الفقهاء فى مسألة الترتيب ليس خلافاً فى أصل المسألة وليس إلا خلافا فى فهم عبارات الواقفين ومبلغ دلالتها على ما يريدون .

وقد فهم ابن نجيم فى كلام للخصاف (وكلاهما من أصحاب أبى حنيفة) فهماً حمله على القول بأنه إذا جمع بين بطون الموقوف عليهم بالواو وأعقب ذلك بقوله بطنا بعد بطن وطبقة بعد طبقة يحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى على أن من مات عن ولده فنصيبه لولده الخ .

فهو يرى أن الترتيب بثم فى قوله (أما إن رتب بين البطون بكلمة ثم وأردفها بالسبق السابق انتقل نصيب من يموت إلى ولده ويستمر له ولا ينقض القسمة بانقراض البطن الأول وأيلولة الاستحقاق للبطن الثانى) .

فهو يرى أن الترتيب بثم ترتيب أفرادي ، وبقول الواقف : طبقة بعد طبقة فأشباهه ترتيب جملي متى كان هذا الشرط موجوداً ، وقد اتهمه متأخروا المذاهب بأنه قد انفرد بهذا الفهم وألف المقدسى رسالة فى الرد عليه وقال :

إنه زعم أن مخالفيه مخطئون ولكن الأمر بالعكس بلا ارتياب ، ونقل عن أفاضل الحنفية والشافعية الفتوى بغير ما ذهب إليه .

وذهب ابن رشد من فقهاء المالكية إلى أنه إذا ترتب وأطلق كان الترتيب ترتيب أفراد بمعنى أن الفروع لا يدخلون فى الاستحقاق مع أصولهم ولا يشاركونهم . أما من يموت فان حظه يكون لولده ، وذهب ابن الحاج من فقهائهم أيضا إلى مثل ما ذهب إليه الحنفية فى ذلك . وقال الحطاب إن ما ذهب إليه ابن رشد هو الذى يؤخذ من كلام خليل فى المختصر وأن شمس الدين اللقانى أفتى به وأن هذا هو الصحيح المعول عليه وقد أفتى به شيوخهم المتأخرون ممن أدركهم من أهل مصر وغيرها .

وقد قال عليش فى فتاواه : إن ما حققه ابن رشد هو أن البعدية الواقعة

فى لفظ الواقف فى نحو هذا معتبرة بين كل أصل وفرعه فقط ، أى كأنه قال : ثم بعد كل واحد على ولده وليس المراد من بعدهم جميعاً كما ذهب إليه ابن الحاج . ونقل عليش عدة فتاوى للأجهورى ذهب فيها إلى أن ولد من مات يدخلون ولكنه جعل كل واحد كواحد من طبقة أصله ولم يرتض عليش ذلك وعول على ما قرره ابن رشد من أن الذى ينتقل إلى ولد من يموت هو حظ أصله فحسب وقد نصوا أيضاً على دخول ولد من مات قبل الاستحقاق وهذا أمر طبيعى بعد تصريحهم بأن الترتيب ترتيب آحاد ، وأنه لا فرق بين الترتيب بثم أو بقول الواقف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى ، وبين الترتيب بقوله ثم من بعد كل واحد ، فالصحيح من مذهبهم أن الترتيب فى المطلق ترتيب آحاد ، فلا يحجب فرع أصل غيره ، ومن مات استحق فرعه ما استحقه أو كان يستحقه . ومن تابعوا ابن رشد من فقهائهم ذهبت طائفة منهم إلى أنه إذا انقرضت الطبقة العليا نقضت القسمة واستوى أهل البطن التالى فيها : وقد أفتى بذلك الحطاب أخذاً من بعض المسائل واعتماداً على ما نقله عن نوازل ابن رشد .

أما الطائفة الأخرى فإنها تقول بعدم نقض القسمة بانقراض الطبقات استناداً إلى ما حققه ابن رشد من أن الترتيب معتبر بين كل أصل وفرعه لا بين جملة الأصول وجملة الفروع . وقد أفتى بذلك الناصر اللقانى ولم يرتض ما ذهب إليه الحطاب وتابعه فى ذلك الشيخ عليش فى فتاواه وواضح فى كلامه فيها أنه يستوى فى ذلك ما إذا شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى فرعه وما إذا لم يشترط .

قلت : ومذهبنا فى هذه المسألة لا يختلف مع مذهب أبى حنيفة فى جوهر الموضوع . وإذا شرط الواقف قيام الفروع مقام أصله فمن أصحابنا من قال بعدم نقض القسمة كالسبكى وولده والرويانى ومنهم من قال بنقضها ، وذهب إلى ذلك البلقينى والسمهودى والسيوطى والرملى وغيرهم .

وأما مذهب أحمد بن حنبل فيما إذا رتب وأطلق ولم يشترط قيام الفرع مقام الأصل قولان (أحدهما) أن الترتيب ترتيب جملة على جملة فلا يستحق

أحد من بطن أنزل مع وجود أحد من بطن أعلى وإن لم يكن أصله (وثانيهما) أنه ترتيب آحاد ، إذ مقابلة الجمع بالجمع تقضى توزيع الأفراد على الأفراد كقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » [1] وقال تقى الدين ابن تيمية فى الفتاوى : إن القول بأن الترتيب ترتيب أفراد على أفراد هو أقوى القولين ، وقال فى الاختيارات : إنه أظهر الوجهين . ولو شرط الواقف مع الترتيب انتقال نصيب من مات إلى ولده انتقل إليه الأصلى والآيل . وقال الإمام ابن تيمية : إن هذا الشرط يعتبر قرينة على أن الواقف أراد أن يكون الترتيب فى وقفه ترتيب أفراد .

وفى تعليقه على كتاب الفروع (منقولة عن خط شيخه) إن الأظهر فيمن وقف على ولديه نصفين ثم على أولادهما وأولاد أولادهما وعقبهما بطناً بعد بطن أن ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ثم ولد ولده .

وجاء فى شرح المنتهى وكشف القناع ما هو صريح فى عدم نقض القسمة ، ولم ينقل واحد منهما خلافا فى ذلك . فعدم نقض القسمة مع وجود هذا الشرط لا يعرف فيه خلاف عندهم . وإذا لم يوجد هذا الشرط كان عدم نقضها هو الأظهر عندهم ، فقد نقل ابن تيمية أن أظهر الوجهين فى المذهب أن الترتيب الذى تفيده العبارات الدالة على مجرد الترتيب يكون ترتيبا آحاديا أو فرديا (الفتاوى جـ ٢ ص ٤ وما بعدها الفروع جـ ٢ ص ٨٨٣ والكشاف جـ ٢ ص ٤١٤ والمنتهى جـ ٢ ص ٥١٠) .

وكلام الشافعية والحنفية صريح فى أن الواقف إذا رتب طبقات وقفه وأتى بما يدل قطعا على الترتيب الجملى فلا خلاف فى العمل بما دل عليه كلامه كما لو قال : تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها وغيرها أو قال : لا يستحق أحد من بطن أنزل مع وجود أحد من بطن أعلى ، أو شرط انتقال نصيب من يموت إلى أهل طبقته دون ولده إن كان ، أو نص على نقض القسمة بانقراض كل طبقة ولم يشرط قيام الفرع مقام أصله أو اشتراطه ، فالترتيب فى هذه الأحوال يكون جمليا ومن يموت لا يستحق فرعه بدون

---

(١) الآية : ٢٣ من سورة النساء .

شرط ، وتنقض القسمة بانقراض كل طبقة وتستأنف قسمة جـديدة على رءوس الطبقة الثالثة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يصح الوقف الا بالقول ، فان بنى مسجداً وصلى فيه او أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفا ، لأنه ازالة ملك على وجه القربة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق ، وألفاظه ستة : وقفت ، وحبست ، وسبلت ، وتصدقت ، وابدت ، وحرمت .**

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهى صريحة فيه ، لأن الوقف موضوع له ومعروف به ، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عـرف الشرع ، فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : « حبس الأصل وسبل الثمرة » وأما التصدق فهو كناية فيه ، لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع ، فلم يصح الوقف بمجرده ، فان اقترنت به نيـة الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول : تصدقت به صدقة موقوفة ، أو محبوسة ، او مسبلة ، أو مؤبدة ، أو محـرمة ، أو حـكم الواقف بان يقول : صـدقة لا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث صار وقفا ، لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف .

وأما قوله : حرمت وابدت ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه كناية فلا يصح به الوقف الا باحدى القرائن التى ذكرنا ، لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح بمجرده كالتصدق .

(والثانى) انه صريح لأن التأبيد والتحـريم فى غير الأبضاع لا يكون الا بالوقف فحمل عليه .

فصـــل **واذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : « ان شئت حبست أصلها وتصـدقت بها » لا تبـاع ولا توهب ولا تورث . ويزول ملكه عـن العين . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه لا يزول ملكه عن العين ، لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة ، وذلك لا يوجب زوال الملك . والصحيح هو الأول لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف فى العين والمنفعة فأزال الملك كالعتق . واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك اليه ، فمنهم مـن قال : ينتقل الى الله تعالى قولا واحداً ، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة ، فأزال الملك الى الله تعالى كالعتق .**

ومنهم من قال : فيه قولان (احدهما) أنه ينتقل الى الله تعـــالى وهو الصحيح لما ذكرنا (والثـــانى) أنه ينتقل الى الموقوف عليه لأن ما ازال الملك عن العين لم يزل المالية بنقل (١) الى الآدمي كالصدقة .

فصـــل ويملك الموقوف عليه غلة الوقف ، فان كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها ، لأنه يملكها ملكا تاماً ، فوجب زكاتها عليــه ، فان كان حيوانا ملك صوفه ولبنه ، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده ، فهــو كالثمر ة، وهل يملك ما تلده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملكه لأنه نماء الوقف ، فاشبه الثمرة وكسب العبد .

(والثانى) أنه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيــه الولد ، كحرمة الاستيلاد فى أم الولد ، وان كان جارية ملك مهرها ، لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها ، لأن فى أحد القولين لا يملكها ، وفى الثانى يملكها ملكا ضعيفا ، فلم يملك به الوطء ، فان وطئها لم يلزمه الحد لأنه فى احد القولين يملكها ، وفى الثانى له شبهة ملك . وفى تزويجها وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه ينقص قيمتها ، وربمــــا تلفت فى الولادة ، فيدخل الضرر على من بعده من اهل الوقف .

(والثانى) يجوز لأنه عقد على منفعتها فاشبه الاجارة . فان قلنا انهـــا للموقوف عليه كان تزويجها اليه ، وان قلنا : انها تنتقل الى الله تعالى ، كان تزويجها الى الحاكم كالحرة التى لا ولى لهـــا ، ولا يزوجها الحـــاكم الا باذن الموقوف عليه ، لأن له حقا فى منافعها فلم يملك التصرف فيها بغير اذنه ، فان أتت بولد مملوك ، كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة .

فصـــل وان أتلفه الواقف أو اجنبى فقد اختلف أصحابنا فيــه على طريقين ، فمنهم من قال يبنى على القولين ، فان قلنا : انه للموقوف عليــه وجبت القيمة له لأنه بدل ملكه ، وان قلنا : انه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفا مكانه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : يشترى بها مثله ليكون وقفا مكانه قولا واحداً ، لأنا ــ وان قلنا : انه ينتقل الى الموقوف عليه ــ الا انه لا يملك الانتفاع برقبته ، وانما يملك الانتفاع بمنفعته ، ولأن فى ذلك ابطال حق البطن الثانى من الوقف ، وان أتلفه الموقوف عليه ــ فان قلنا أنه اذا أتلفه غيره كانت القيمة له ــ لم تجب عليه ، لأنها تجب له ، وان قلنا : يشـــترى بها ما يكون وقفا مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه .

---

(١) فى ش،ق والطبعة السابقة من الوحيدة (بنقل) واظنها غير متسقة فى الجملة (ط) .

وان كان الوقف جارية فوطئها رجل يشبهة ، فأتت منه بولد، ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف اذا اتلف ، وان كان الوقف عبداً فجنى جناية توجب المال ، لم يتعلق برقبته ، لأنها ليست بمحل للبيع ، فان قلنا : انه للموقوف عليه ، وجب الضمان عليه . وان قلنا : انه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) يلزم الواقف ، وهو قول أبي اسحاق وهو الصحيح ، لأنه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الأرش بذمته فلزمه أن يفديه كأم الولد .

(والثاني) انه يجب في بيت المال لأنه لا يمكن ايجابه على الواقف لأنه لا يملكه ، ولا على الموقوف عليه لأنه لا يملكه ، فلم يبق الا بيت المال .

(والثالث) انه يجب في كسبه لأنه كان محله الرقبة ، ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه لأنه مستفاد من الرقبة ، ويجب أقل الأمرين من قيمته ، أو أرش الجناية ، لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد) .

الشرح قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (١٣١٠) حديث أن عمر ملك مائة سهم من خيبر اشتراها فلما استجمعها قال : يا رسول الله أصبت مالا لم أصب مثله قط وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم : « حبّس الأصل وسبّل الثمرة » ويروى : « فجعلها عمر صدقة لا تباع ولا تورث ولا توهب » الشافعي عن سفيان عن العمري عن نافع عن ابن عمر به ، ورواه في القديم عن رجل عن ابن عون عن نافع باللفظ الثاني ، وهو متفق عليه من حديثه ، وله طريق عندهما غيره

(تنبيه) الرجل الذي أبهمه الشافعي هو عمر بن حبيب القاضي بينه البيهقي في المعرفة من طريقه في هذا الحديث .

أما مقاصد الفصل ، فإن الوقف لا ينعقد إلا بالقول لأنه طريقنا إلى العلم بمراده كالعتق ، وألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة وثلاثة كناية ، فالصريحة وقفت وحبست وسبلت ، متى أتي بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد ، لأن هذه الألفاظ ثبت لها حكم الاستعمال عرفا بين الناس وشرعا بالأخبار الصحيحة بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » أو « حبس الأصل وسبل الثمرة »

على أى من الروايتين فصارت هذه الألفـاظ فى الوقف كلفظ التطليق فى الطلاق .

وأما الكناية فهى : تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة ، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة ، فإن الصدقة تستعمل فى الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل فى الظهار والأيمان ، ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه . فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها .

(أحدها) أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول : صدقة محبوسة أو موقوفة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة ، أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة .

(والثانى) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث ، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

(الثالث) أن ينوى الوقف فيكون على ما نوى ، إلا أن النية تجعله وقفاً فى الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما فى الضمائر ، فان اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره . وإن قال : ما أردت الوقف فالقول قوله لأنه أعلم بما نوى .

قال فى النهاية (ولا يصح الوقف من ناطق لا يحسن الكناية إلا بلفظ) أما الأخرس فيصح باشارته . وأما الكاتب فبكتابته مع النية . فلو أنه بنى مسجداً وأذن فيه وصلى فيه ، أو مقبرة وأذن فى الدفن فيها ، فمذهب الشافعى لا يكون ذلك وقفا إلا إذا اقترن باللفظ صريحا أو كناية مقترنة بما يزيل لبسها . وقال أحمد فى رواية أبى داود وأبى طالب فيمن دخل بيتا فى المسجد وأذن فيه : لم يرجع فيه ، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس فيها فليس له الرجوع . وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه .

وذكر ابن قدامة رواية أخرى عن أحمد أنه لا يصير وقفا إلا بالقول ، وقد اجتهد ابن قدامة فى الجمع بين الروايتين وجعلهما قولا واحداً وهو الأخذ باللفظ ، فإذا ثبت هذا فإنه متى صح وقفه فقد زالت يده عنه زوال ملك وانقطع بذلك تصرفه . فاذا قلنا بزوال ملكه عن العين وهو الصحيح من المذهب وبه قال أحمد وأصحابه ، فهل ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم ؟ فمن أصحابنا من قال : ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم ، وهو ظاهر مذهب أحمد حيث يقول : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه . وروى عن أحمد انه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه أنه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ، وإنما ينتفعون بغلتها ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لا يملكون ، أى لا يملكون التصرف فى الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة فى الوقف .

وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقا لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق . وبهذا قال بعض أصحابنا ، وهو الصحيح من المذهب عندنا . والقول الآخر أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف وجه إلى من يصح تمليكه على وجه لا يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل الواقف عنه كالعارية . ويفارق العتق فإنه أخرجه عن ماليته ، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد ، على أن الأظهر أن الملك فى رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه .

فــرع لا نزاع فى أن الموقوف عليه يملك غلة الوقف ومنافعه لأن ذلك مقصوده ، والمنتفع يستوفيها بنفسه وبغيره باعارة وإجارة إن كان ناظراً . وإلا امتنع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه وذلك كسائر الأملاك ، ومحله إن لم يشرط ما يخالف ذلك . ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه اجرت للضرورة بما تعمر به ، إذ المفروض أنه ليس للوقف

ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة ، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف .

ورجح السبكى أنه إن وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها إلا إذا نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات ، ومثل الغرس البناء ، ولا يبنى ما كان مغروسا وعكسه . وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذى كان عليه حال الوقف ، بخلاف ما يبقى الاسم معه ، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله ، وأفتى الولى العراقى فى علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواشن له فى هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضر بجدار الوقف . وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف فى إعادته على ما كان عليه وما زاد فى ماله ، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لا تغير معالم الوقف ، ويملك الأجرة لأنها بدل المنافع المملوكة له ، وقضيته أنه يعطى جميع الأجرة المعجلة ، ولو لمدة لا يحتمل بقاؤه إلى انقضائها ، كما مر فى الإجارة ، ويملك فوائد الموقوف كثمرة . ومن ثم لزمه زكاتها ، وهو قول مالك والشافعى وأحمد .

وروى عن طاوس ومكحول أنه لا زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب الزكاة فى الخارج منها عليهم كالمساكين . على أن الثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة ، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن . وذكر القاضى فى فتواه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهى ملكه ، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ، أو قد زرعت الأرض فالزرع لذى البذر ، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجرة بقائه فى الأرض وأفتى جمع من المتأخرين فى نخل وقف مع أرضه ثم حدث منه ودى بأن تلك الودية الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها ، وسبقهم لنحو ذلك السبكى فإنه أفتى فى أرض وقف بها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ ، وفى السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه .

ولو ماتت البهيمة اختص بجلدها لكونه أولى به مـن غـيره ومحـله ما لم يدبغ ولو بنفسه وإلا عاد وقفا وله مهر الجارية الموقوفة عليه بكراً أو ثيباً إذا وطئت مـن غير الموقوف عليـه بشـبهة منهـا ، كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعلها لصغر أو اعتقـاد حل وعذرت أو نـكاح ــ إن صححناه ــ لأنه عقد على منفعة فلم يمنعه الوقف كالإجارة . وكذا إن لم نصححه لأنه وطء شبهة هنا أيضاً . والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه ، وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كأرش طرفها ، ولا يحل للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها ويحد الأول به كما حكى عن الأصحاب . قال الرملى : وكذا الثانى كما رجحناه هنـا ــ وهو المعتمد ــ أما المطاوعة إذا زنى بها وهى مميزة فلا مهر لها .

قال النووى فى المنهاج : والمذهب أنه لا يملك قيمة العبد إذا أتلف . ومعنى هذا أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف من واقف أو أجنبى أو موقوف عليه تعدى باستعماله فى غـير ما وقف له أو تلف تحت يد ضامنة له . أما إذا لم يتعد باتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامنا ، كما لو وقع منه صنبور على حوض سبيل فانكسر من غير تقصير ، وفى حـال التعدى يشترى الحاكم أو الناظر فى الوقف بقيمة التالف بدله . ولابد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه فيتعين أحد ألفاظ الوقف المارة .

قال الرملى : وقول القاضى أقمته مقامه محل نظر ، وفارق هذا صيرورة القيمة رهناً فى ذمة الجانى بأنه يصح رهنها دون وقفها ، وعـدم اشـتراط جعل بدل الأضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو فى الذمة ، ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشترى نائب عنهم ، فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية . وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشترى بها حتى ينتقل إلى الله تعالى ، ولا يجوز شراء أنثى مـكان ذكـر إذا كان الموقوف ذكراً ، كما لا يجوز أن يشترى صغيراً مكان كبير إذا كان الموقوف كبيراً وعكسه ، لأن الغرض يختلف بذلك وما فضل من القيمة يشترى به شقص بخلاف نظيره الذى سيأتى فى الوصية إن شاء الله تعالى لتعذر الرقبة المصرح بها فيها .

فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، كما مر نظيره ، بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبته الجناية إليه . ولو أوجبت قوداً استوفاه الحاكم ، فإن تعذر شراء بدل الموقوف بها فبعض بدله يشترى بها لكونه أقرب إلى مقصوده كنظيره من الأضحية على الراجح .

ووجه الخلاف أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الأضحية، ولو جنى الموقوف جناية أوجبت قصاصاً اقتص منه وفات الوقف ، أو قصاصا أو مالا وعفى على المال فداه الواقف بأقل الأمرين . وله إن تكررت الجناية حكم أم الولد فى عدم تكرر الفداء وسائر أحكامها ، فإن مات الواقف ثم جنى الموقوف فمن بيت المال كالحر المعسر ، كما أفتى بذلك الشهاب الرملى . ولو مات الجانى بعد الجناية لم يسقط الفداء . هكذا أفاده الشمس الرملى .

ولو جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو زمنت الدابة لم ينقطع الوقف على المذهب ، وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام ، بل ينتفع بها جذعا باجارة وغيرها ، ويحتمل أن تباع لتعذر الانتفاع بها على وفق شرط الواقف والثمن الذى بيعت به على هذا الوجه ، كقيمة العبد ، فيأتى فيه ما مر ، فلو لم يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه ابن الرفعة والقمولى وجرى عليه ابن المقرى فى روضه لكنها لاتباع ولا توهب بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الأضحية .

اذا ثبت هذا فإنها لا تصير ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق . ومعنى عدم بطلان الوقف الذى قررناه أنه مادام باقياً لا يفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه .

قال النووى : والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق ا هـ . وذلك لئلا تضيع وإدراك اليسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها . واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة ويصرف ثمنها لمصالح المسجد إن لم يمكن شراء حصير أو جذع . والله تعالى أعلم بالصواب .

فــرع قال فى الدر المختار الحنفى : مطلب فى بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم إليه فيصح بحصتيه فى القن والعبد والملك لأنها مال فى الجملة ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقادير لم يصح اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وتصرف الغلة على شرط الواقف من الأثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير والجمع والترتيب ، وادخال من شاء بصفة واخراجه بصفة ، لأن الصحابة رضى الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم ، فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه صدقة السائل والمحروم ، والضيف ولذى القربى وابن السبيل ، وفى سبيل الله ، وكتب على كرم الله وجهه بصدقته ((ابتغاء مرضاة الله ليولجنى الجنة ، ويصرف النار عن وجهى ويصرفنى عن النار ، فى سبيل الله ، وذى الرحم والقريب والبعيد ، لا يباع ولا يورث)) وكتبت فاطمة رضى الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لنساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقراء بنى هاشم وبنى المطلب)) .

فصــــل فان قال وقفت على اولادى دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولد من صلبه، فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فاذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال ، دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لانه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ، وان وقف على ولده ، وله ولد فنفاه باللعان ، لم يدخل فيه .

وقال ابو اسحاق : يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج ، ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا تنقضى به العدة ، والمذهب الأول لأن الوقف على ولده ، وباللعان قد بان انه ليس بولده ، فلم يدخل فيه ، وان وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده ، فان قال على نسلى أو عقبى او فى ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات، قربوا أو بعدوا ، لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ، ولهذا قال الله تعالى : ((ومن ذريته داود وسليمان وايوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين ، وزكريا ويحيى وعيسى والياس)) (١) .. فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد ، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب اليه بالأم ، فان وقف

---

(١) الآية ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

على عترته فقد قال ابن الاعرابى وثعلب : هم ذريتـــه . وقال القتيبى : هم عشيرته .

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون اليه . ولهذا قال الشاعر :

بنـونا بنـو ابنائنـا ، وبناتنا بنوهن ابنـاء الرجـال الاجانب

وان وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل ، لأنا لا نعلم انه مـن البنين فان وقف على البنات لم يدخل فيه ، لأنا لا نعلم انه من البنات ، فان وقف على البنين والبنات ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يدخل فيه ، لأنه ليس من البنين ولا من البنات .

(والثانى) انه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون ابنا او بنتاً . وان اشـكل علينا ـ فان وقف على بنى زيد ـ لم يدخل فيه بناته ، فأن وقف على بنى تميم وقلنا : ان الوقف صحيح ففيه وجهان :

(احدهما) لا يدخل فيه البنات لان البنين اسم للذكور حقيقة .

(والثانى) يدخلن فيه ، لانه اذا اطلق اسم القبيلة دخل فيه كل مــن ينسب اليها من الرجال والنساء .

فصـــل وان قال وقفت على اولادى فان انقرض أولادى واولاد أولادى فعلى الفقراء لم يدخل فيه ولد الولد ، ويكون هذا وقفاً منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء . ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعـد انقراض ولد الصلب ، لأنه لما شرط انقراضـهم دل على أنهـــم يستحقون كولد الصلب ، والصحيح هو الأول ، لأنه لم يشرط شيئاً ، وانما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم) .

الشرح قوله تعالى « وداود وسليمان » الآية [1] فإن داود النبى صلى الله عليه وسلم تكرر فى مختصر المزنى وهنا فى المهذب فى صلاة التطوع ومواضع كثيرة ، هو أبو سليمان داود بن إيشا بهمزة مكسورة ثم مثنـاة من تحت ساكنة ثم شين معجمة قال أبو اسحاق الثعلبى فى كتاب العرائس : هو داود بن إيشا بن عوبد بن باعز ابن سلمون بن نحشون بن عمى ناذب

---

(1) الآية : ٧٨ من سورة الانبياء

ابن رام بن حصرون بن فارص بن يهوذا بن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم الخليل عليهم السلام .

وقد تظاهرت الآيات والأحاديث الصحيحة على عظم فضل الله تعالى عليه قال الله تعالى : « ولقد آتينا داود وسليمان علماً وقالا الحمد لله الذى فضلنا على كثير من عباده المؤمنين » (1) وقال تعالى : « وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم » الآيات (2) .وقال تعالى: « ولقد آتينا داود منا فضلا يا جبال أوّبى معه والطير وألنا له الحديد » الآية (3) : وقال تعالى : « فغفرنا له ذلك وإن له عندنا لزلفى وحسن مآب . يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » الآية (4) . وقال تعالى « وآتينا داود زبوراً » (5) وقال تعالى : « ومن ذريته داود وسليمان » الآيات (6) وقال تعالى : « وقتل داود جالوت وآتاه الله الملك والحكمة وعلمه مما يشاء » (7) وقال تعالى : « واذكر عبدنا داود ذا الأيد إنه أواب . إنا سخرنا الجبال معه يسبحن بالعشى والإشراق والطير محشورة كل له أواب ، وشددنا ملكه وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب » (8) .

ورويناه فى صحيح البخارى ومسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (أحب الصيام إلى الله صيام داود فإنه كان يصوم يوماً ويفطر يوماً ولا يفر إذا لاقى) وفى رواية فى الصحيحين (كان يصوم نصف الدهر) وفى رواية فى الصحيحين « صم صيام داود فانه كان أعبد الناس » وروينا فى صحيحيهما عن أبى موسى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « لو

---

(1) الآية : ١٥ من سورة النحل .
(2) الآية : ٧٨ من سورة الأنبياء .
(3) الآية : ١٠ من سورة سبأ .
(4) الآية : ٢٦ من سورة ص .
(5) الآية : ١٦٣ من سورة النساء .
(6) الآية : ٨٤ من سورة الأنعام .
(7) الآية : ٢٥١ من سورة البقرة .
(8) الآية : ١٧ من سورة ص .

رأيتنى وأنا أستمع لقراءتك البارحة ، لقد أوتيت مزماراً من مزامير داود »
ليس فى رواية البخارى « لو رأيتنى وأنا استمع لقراءتك البارحة » وروينا فى
صحيحى البخارى ومسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال : « لقد خفف على داود القرآن ، فكان يأمر بدوابه أن
تسرج فيقرأ قبل أن تسرج دوابه ، ولا يأكل إلا من عمل يده » المراد بالقرآن
الزبور . وفى صحيح البخارى عن المقدام بن معديكرب رضى الله عنه عن
النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل
من عمل يده ، وإن نبى الله داود كان يأكل من عمل يده » .

وروينا فى كتاب الترمذى عن أبى الدرداء رضى الله عنه قال : قال رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم : « كان من دعاء داود : اللهم إنى أسألك
حبك وحب من يحبك والعمل الذى يبلغنى حبك ، اللهم اجعل حبك أحب
إلىّ من نفسى وأهلى ، ومن الماء البارد » قال : وكان رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم إذا ذكر داود قال (كان أعبد البشر) قال الترمذى : هذا
حديث حسن .

وروينا فى حلية الأولياء عن الفضيل بن عياض رضى الله عنه قال : قال
داود : إلهى كن لابنى سليمان كما كنت لى فأوحى الله تعالى إليه : يا داود
قل لابنك سليمان يكون لى كما كنت لى حتى أكون له كما كنت لك . قال
الثعلبى : قال العلماء : لما استشهد طالوت أعطت بنو إسرائيل
داود خزائن طالوت وملكوه على أنفسهم وذلك بعد قتل جالوت بسبع
سنين ولم يجتمع بنو إسرائيل على ملك إلا داود . وقال كعب ووهب بن منبه:
كان داود أحمر الوجه سبط الرأس أبيض الجسم طويل اللحية فيها جعودة
حسن الصوت والخلق طاهر القلب ، قال : ومما أعطاه الله تعالى من الفضائل
الزبور وحسن الصوت فلم يعط أحداً مثل صوته ، وحكى من آثار صوته
أشياء عجيبة منها تسخير الجبال والطير للتسبيح معه ، ومنها الحكمة وفصل
الخطاب ، فالحكمة الاصابة فى الأمور وفصل الخطاب قيل معرفة الأحكام
وإتقانها وتسهيلها . وقيل : بيان الكلام ، وقيل قوله (أما بعد) وقيل :
الشهود والإيمان . ومنها السلسلة المشهورة ومنها القوة فى العبادة والمجاهدة

ومنها قوة الملك وتمكينه ، ومنها قوة بدنه ، ومنها إلانة الحديد له قال : قال أهل التواريخ : كان عمر داود عليه السلام مائة سنة مدة ملكه منها أربعون سنة ، صلى الله عليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين وسلم » هكذا أفاده النووى فى تهذيب الأسماء .

سليمان بن داود عليهما السلام

أما سليمان ابنه فقد تكرر فى المختصر والمهذب فى الاستسقاء والوقف وغيرهما وسبق بيان نسبه فى ترجمة أبيه آنفاً قال تعالى : « ومن ذريته داود وسليمان » الآية [1] وقال الله تعالى « وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكماً وعلماً » الآيات [2] وقال تعالى « لقد آتينا داود وسليمان علما وقالا الحمد لله الذى فضلنا على كثير من عباده المؤمنين وورث سليمان داود وقال : ياأيها الناس علمنا منطق الطير وأوتينا من كل شىء إن هذا لهو الفضل المبين ، وحشر لسليمان جنوده من الجن والإنس والطير فهم يوزعون » [3] الى قوله تعالى : « قالت رب انى ظلمت نفسى وأسلمت مع سليمان لله رب العالمين » وقال تعالى : « ولسليمان الريح غدوها شهر ورواحها شهر وأسلنا له عين القطر ومن الجن من يعمل بين يديه باذن ربه ومن يزغ منهم عن أمرنا نذقه من عذاب السعير » [4] . وقال تعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد انه أواب » [5] .

وثبت فى صحيح البخارى ومسلم عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن عفريتا تفلت البارحة ليقطع على صلاتى فأمكننى الله منه فأخذته فأردت أن أربطه على سارية من سوارى المسجد حتى تنظروا

---

(١) الآية : ٨٤ من سورة الأنعام .
(٢) الآية : ٧٨ من سورة الأنبياء .
(٣) الآية : ١٥ من سورة النمل .
(٤) الآية : ٨١ من سورة الأنبياء .
(٥) الآية : ٣٠ من سورة ص .

إليه كلكم فذكرت دعوة أخي سليمان « رب هب لى ملكاً لا ينبغى لأحد من بعدى فرددته خاسئاً » ورويناه من طرق بألفاظ متقاربة .

وفى الصحيحين عن أبى هريرة أيضاً أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول (كانت امرأتان معهما أبناهما فجاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت لصاحبتها إنما ذهب الذئب بابنك وقالت الأخرى إنما ذهب الذئب بابنك فتحاكما إلى داود فقضى به للكبرى فخرجتا على سليمان ابن داود فأخبرتاه فقال ائتونى بالسكين أشقه بينهما فقالت الصغرى : لا تفعل رحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى) .

وروينا عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « إن سليمان بن داود لما بنى بيت المقدس سأل الله تعالى ملكاً لا ينبغى لأحد من بعده فأوتيه وسأل الله عز وجل حين فرغ من بناء المسجد ألا يأتيه أحد لا ينهزه الا للصلاة فيه أن يخرجه من ذنوبه وخطيئته كيوم ولدته أمه » رواه النسائى فى سننه باسناد صحيح . قال أبو إسحاق الثعلبى فى كتابه العرائس فى قول الله عز وجل « وورث سليمان داود »[1] أى نبوته وعلمه وحكمته دون سائر أولاد داود . قال : وكان لداود اثنا عشر ابناً : قال : وكان سليمان ملك الشام إلى اصطخر قال : وقيل ملك الأرض وقد روى عن ابن عباس قال : ملك الأرض مؤمنان : سليمان وذو القرنين وكافران نمرود وبختنصر . قال كعب الأحبار ووهب بن منبه : كان سليمان أبيض جسيما وسيماً وضيئا جميلا خاشعاً متواضعا يلبس الثياب البيض ويجالس المساكين ويقول : مسكين جالس مسكيناً ، وكان أبوه يشاوره فى كثير من أموره مع صغر سنه لوفور عقله وعلمه ، قال : وكان سليمان حين ملك كثير الغزو لا يكاد يتركه فتحمله الريح هو وعسكره ودوابهم حيث أراد وتمر به وبعسكره الريح على المزرعة فلا يتحرك الزرع .

قال : وقال محمد بن كعب القرظى : بلغنا أن عسكر سليمان كان مائة

(١) الآية : ١٦ من سورة الانبياء .

فرسخ خمسة وعشرين للانس وملثها للجن ومثلها للطير ومثلها للوحش قال : وقال أهل التاريخ كان عمر سليمان ثلاثا وخمسين سنة وملك وهو ابن ثلاث عشرة سنة ، وابتدأ بناء بيت المقدس بعد ابتداء ملكه بأربع سنين صلى الله عليه وسلم .

أيـــوب عليه السلام

أما أيوب عليه السلام فقد قال النووى رضى الله عنه وأرضاه :

(أيوب النبى صلى الله عليه وسلم) مذكور فى المهذب فى الوقف والأيمان قال الله تعالى (واذكر عبدنا أيوب إذ نادى ربه أنى مسنى الشيطان بنصب وعذاب اركض برجلك هذا مغتسل بارد وشراب ، ووهبنا له أهله ومثلهم معهم رحمة منا وذكرى لأولى الألباب وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب » (١) وقال تعالى : « إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح والنبيين » الآيات (٢) .

وقال تعــالى : « وأيوب إذ نادى ربه أنى مســنى الضر وأنت أرحــم الراحمين فاستجبنا له فكشفنا ما به من ضر » الآية (٣) : وروينا فى صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليــه وآله وسلم بينما أيوب يغتسل عرياناً إذ خر عليه جراد من ذهب فجعل يحثى فى ثوبه فناداه ربه يا أيوب ألم أكن أغنيتك عما ترى قال : بلى يا رب ولكن لا غنى بى عن بركتك » وكان أيوب ببلاد حوران وقبره مشهور عندهم فى قرية بقرب نوى عليه مشهد ومسجد وقرية موقوفة على مصالحه وعين جارية فيها قدم فى حجر يقولون إنه أثر قــدمه ويغتســلون مــن العين ويشربون متبركين ، ويقولون : إنها المذكورة فى القرآن ، وهى قطع كبيرة جداً فى وسط صخرة عظيمة وعليها مشهد وهناك صخرة عليها مشهد يقولون : إنه

---

(١) الآية : ٤١ من سورة الانبياء .
(٣) الآية : ١٦٣ من سورة النساء.
(٢) الآية : ٨٣ من سورة الانبياء .

كان يستند إليها ويزورونها ويعتقدون بركة تلك المواضع كلها والله أعلم . اهـ تهذيب الأسماء واللغات جـ ١ ص ١٣١ .

يوسف الصديق عليه السلام

أما يوسف عليه السلام فهو ابن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم خليل الرحمن صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، مذكور فى المهذب فى آخر باب الوقف وفى يوسف ست لغات أو ستة أوجه ضم السين وفتحها وكسرها مع الهمز وبتركه والفصيح الذى جاء به القرآن ضمها بلا همز وهو اسم عجمى والصواب أنه لا اشتقاق له ولبعض المفسرين وغيرهم تخبيط فى اشتقاقه ويوسف هذا نبى الله ابن نبى الله ابن نبى الله ابن نبى الله وخليله صلوات الله وسلامه عليهم ، وذكر الله تعالى قصته فى القرآن مبسوطة مفصلة أكمل البسط ، وسورته مختصة بقصته إلى ما انضم إليها والأحاديث الصحيحة متظاهرة بفضائله منها حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الكريم ابن الكريم ابن الكريم ابن الكريم يوسف بن يعقوب ابن إسحاق بن إبراهيم » رواه البخارى . وعن أبى هريرة قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أكرم الناس ؟ قال : أتقاهم لله قالوا : ليس عن هذا نسألك قال : فأكرم الناس يوسف ابن نبى الله ابن نبى الله وخليل الله ، رواه البخارى ، وعن أبى هريرة أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولو لبثت فى السجن ما لبث يوسف ثم أتانى الداعى لأجبته) رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى .

وعن أنس فى حديث الإسراء أن رسول الله قال : ثم عرج بى إلى السماء الثالثة ففتح لنا فإذا أنا بيوسف إذا هو قد أعطى شطر الحسن فرحب بى ودعا لى بخير ، وذكر أبو إسحاق الثعلبى فى كتابه العرائس فى قصة يوسف أنه كان أبيض اللون حسن الوجه جعد الشعر ضخم العين مستوى الخلق غليظ الساعدين والعضدين والساقين خميص البطن أقنى الأنف صغير السرة ، وكان بخده الأيمن خال أسود وكان ذلك الخال يزين وجهه ، وبين عينيه شامة تزيده حسناً ، وكان جده إسحاق حسناً وكانت أم إسحاق سارة

حسنة ، قالوا : وأعطى الله تعالى يوسف من الحسن وصفاء اللون ونقاء البشرة ما لم يعط أحداً . قالوا : ورثت سارة هذا الحسن من جدتها حواء زوج آدم قال الثعلبي عن العلماء بأخبار الماضين : أقام يعقوب وأولاده بعد قدومهم على يوسف بمصر أربعاً وعشرين سنة بأغبط عيش فلما حضرته الوفاة أوصاهم بأن يحمل جسده إلى بيت المقدس ويدفن عند أبيه وجده فخرج به يوسف وإخوته وعسكره محمولا فى تابوت وكان عمر يعقوب مائة وسبعة وأربعين سنة وعاش يوسف بعد يعقوب ثلاثة وعشرين سنة وتوفى وهو ابن مائة وعشرين ودفن بمصر فى النيل ثم حمله موسى فى زمنه إلى الشام حين خرجت بنو إسرائيل من مصر إلى الشام أفاده النووى فى التهذيب .

موسى بن عمران عليه السلام

وأما موسى فقال النووى رضى الله عنه : (موسى بن عمران) النبى صلى الله عليه وسلم تكرر فى هذه الكتب هو نبى الله ورسوله وصفيه وكليمه قال الله تعالى : « يا موسى إنى اصطفيتك على الناس برسالاتى وبكلامى فخذ ما آتيتك وكن من الشاكرين،وكتبنا له فى الألواح من كل شىء »[1] وقال تعالى: « إن الله اصطفى آدم ونوحاً وآل إبراهيم وآل عمران على العالمين »[2] وقال تعالى: « ولقد آتينا موسى وهارون الفرقان وضياء وذكرى للمتقين»[3] وقال تعالى : « وهل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا إنى آنست ناراً » الآية [4] وقال تعالى : « فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً » الآيات [5] ، وما قبلها من أول السورة ، وقال تعالى : « لا تكونوا كالذين آذوا موسى فبرأه الله مما قالوا وكان عند الله

---

(١) الآية : ١٤٤ من سورة الأعراف .
(٢) الآية : ٣٣ من سورة آل عمران .
(٣) الآية : ٤٨ من سورة الأنبياء .
(٤) الآية : ٩ من سورة طه .
(٥) الآية : ٢٩ من سورة القصص .

وجيها »[1] والآيات فى فضله وتكريم الله تعالى والثناء عليه وأنواع مكارمه معلومة .

وأما الأحاديث الصحيحة فى فضله فكثيرة مشهورة ، ففى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يرحم الله موسى قد أوذى بأكثر من هذا فصبر » وفي الصحيحين عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا تخيرونى على موسى فإن الناس يصعقون فأكون أول من يفيق ، فإذا موسى باطش بجانب العرش فلا أدرى أكان فيمن صعق فأفاق أم كان ممن استثنى الله تعالى » وهذا الحديث متأول لأن نبينا عليه السلام أفضل المخلوقين فيحتمل أن هذا الكلام قبل أن يعلم أنه أفضل فلما علم قال : أنا سيد ولد آدم ، ويحتمل أن يكون قاله تواضعاً ، ويحتمل أن يكون نهى عن تخيير يؤدى إلى الخصومة والفتنة ، ويحتمل أن النهى عن تخيير يؤدى إلى الإزراء ببعضهم ، ويحتمل : لا تخيرونى فى نفس النبوة فإنها لا تتفاوت ، وإنما الفضائل بأمور أخرى معها ، وهذه الأوجه الخمسة مقولة فى قوله : لا تخيروا بين الأنبياء ، وفى الصحيحين مثله أو نحوه عن أبى سعيد الخدرى ، وفى الصحيحين عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : عرضت علىّ الأمم فرأيت سواداً كبيراً سد الأفق فقيل : هذا موسى فى قومه ، وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مر ليلة أسرى به على موسى فى السماء السادسة وأنه قال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حين فرض الله عليه وعلى أمته خمسين صلاة كل يوم وليلة : أما ترجع فتسأل الله التخفيف فمازال يقول له حتى جعلها خمساً » .

وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصف موسى فقال : « هو آدم طوال جعد كأنه من رجال شنوءة » وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين مر بوادى الأزرق وهو موضع بين مكة والمدينة قال : كأنى أنظر إلى موسى هابطاً من الثنية وله جؤار إلى الله تعالى

---

(١) الآية : ٦٩ من سورة الأحزاب .

بالتلبية » ، وفى رواية « واضعاً أصبعيه فى أذنيه له جؤار بالتلبية » وفى رواية « على جمل أحمر مخطوم بخلبة » والخلبة بضم الخاء المعجمة الليف . قال أبو إسحاق الثعلبى فى كتاب العرائس : هو موسى بن عمران بن يصهر ابن قاهت بن لاوى بن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم صلى الله عليه وسلم ، وكان عمر عمران حين توفى مائة وسبعة وثلاثين سنة قال : قال أهل التاريخ : لما مات الريان بن الوليد (!!!) وهو فرعون مصر الأول (!!) صاحب يوسف الذى ولاه خزائن الأرض وأسلم على يديه ملك بعده جبار وأبى أن يسلم ثم مات فملك بعده جبار آخر وتوفى يوسف وأقامت بنو إسرائيل بمصر وقد كثروا ونشأ لهم ذرية وهم تحت أيدى العمالقة وهم على بقايا من دينهم الذى كان يوسف ويعقوب وإسحاق وإبراهيم صلى الله عليهم وسلم شرعوه لهم متمسكين حتى كان فرعون موسى الذى بعثه الله تعالى إليه ولم يكن فى الفراعنة أعتى منه ولا أقسى قلبا منه ولا أطول عمراً فى الملك منه ، ولا أسوأ ملكة لبنى إسرائيل ، وكان يعذبهم ويستعبدهم وجعلهم خدماً وخولا وعاش فيهم أربعمائة سنة !! ولما ولد موسى جرى له مع فرعون ما أخبر الله تعالى به فى كتابه ، فلما كبر قتل القبطى ثم خرج خائفاً يترقب فلما ورد ماء مدين جرى له هناك مع شعيب ما جرى وتزوج بنته كما أخبر الله تعالى به فلما قضى موسى الأجل وهو أكمل الأجلين عشر سنين ثبت ذلك فى الصحيح عن ابن عباس سار بأهله فآنس من جانب الطور ناراً فجرى له ما أخبر الله به فى كتابه . قال بعض المفسرين لم يقرب موسى امرأة للاستمتاع من حين سمع كلام رب العالمين . وقال المفسرون فى قول الله : « ولقد آتينا موسى تسع آيات بينات »[1] قالوا : العصا واليد البيضاء والطوفان والجراد والقمل والضفادع والدم والطمسة وفلق البحر . قال الثعلبى : وكان عمر موسى عليه السلام حين توفى مائة وعشرين سنة اهـ . هكذا أفاده النووى فى تهذيب الأسماء واللغات .

---

(١) الآية : ١١ من سورة الاسراء .

هارون عليه السـلام

أما هرون فقال النووى فى التهذيب (هارون النبى) صلى الله عليه وسلم أخو موسى مذكور فى المهذب فى كتاب الوقف على الذرية قال الله تعالى : « ولقد آتينا موسى وهارون الفرقان وضياء وذكراً للمتقين »[1] وقال تعالى : « ولقد مننا على موسى وهارون ، ونجيناهما وقومهما من الكرب العظيم ونصرناهم فكانوا هم الغالبين . وآتيناهما الكتاب المستبين ، وهديناهما الصراط المستقيم . وتركنا عليهما فى الآخرين ، سلام على موسى وهارون ، إنا كذلك نجزى المحسنين . إنهما من عبادنا المؤمنين »[2] .

« قال رب اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى واحلل عقدة من لسانى ، يفقهوا قولى ، واجعل لى وزيراً من أهلى هارون أخى اشدد به أزرى وأشركه فى أمرى » إلى آخر القصة . والآيات فى فضله مشهورة . قال الثعلبى فى العرائس : قال كعب الأخبار : كان هارون نصيح اللسان بيّن الكلام اذا تكلم تكلم بتؤدة وكان أطول من موسى وتوفى قبل موسى صلى الله عليه وسلم ، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم (أن موسى عليه السلام دفنه فى شعب أحد) أخرجه إمام الشام ابن عساكر . وثبت فى الصحيحين من رواية فى حديث الإسراء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثم عرج بنا إلى السماء الخامسة فاستفتح جبريل فقيل من هذا ؟ قال جبريل قيل : ومن معك ؟ قال : محمد ففتح لنا ، فإذا بهارون فرحب ودعا لى بخير) وروينا فى تاريخ دمشق عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الإسراء ثم صعدت إلى السماء الخامسة فإذا أنا بهارون ونصف لحيته أبيض ونصفها أسود يكاد لحيته تضرب سرته من طولها قلت : يا جبريل من هذا ؟ قال : هذا المحبب فى قومه هذا هارون بن عمران . وجمع هارون هارونون اهـ .

أما زكريا ويحيى فسنورد ترجمتهما فى كتاب الشهادات إن شاء الله

---

(١) الآية : ١٢٠ من سورة الصافات .

(٢) الآية : ١١٤ من سورة الصافات .

تعالى حيث ذكرهما المصنف ويقع فى الجزء العشرين آخر أجزاء هذا السفر المبارك ولله الحمد والمنة .

أما عيسى عليه السلام فسوف نورده إن شاء الله تعالى فى الجهاد والسير وهو الجزء الثامن عشر .

الياس عليه السلام

ليس فى جميع نسخ المهذب ذكر له وليس فى جميع طبعات المجموع ذكر إلياس حتى اطلعنا على مادة إلياس فى المهذب فعرفنا أنه ذكر فى كتاب الوقف وليس فى الوقف من المهذب مكان لذكره إلا هنا وقد أثبتناه بين مقفوفين ثقة منا بما جاء فى كلام النووى رحمه الله ونفعنا ببركاته وبعلومه قال رحمه الله تعالى صفحة ١٢٥ من الجزء الأول من تهذيب الأسماء واللغات (إلياس) رسول رب العالمين مذكور فى المهذب فى الوقف قال الله تعالى : « وإن إلياس لمن المرسلين » [١] وقال تعالى: «وزكريا ويحيى وعيسى وإلياس من الصالحين » الآيات [٢] ، وقرأ الجمهور « وأن إلياس » بتحقيق الهمزة المكسورة وعن ابن ذكوان وصلها . وفى صحيح البخارى فى كتاب الأنبياء قال : ويذكر عن ابن مسعود وابن عباس أن إلياس هو إدريس اهـ . من التهذيب ومنه نقلته .

وقوله الأثرة وهى أن يخص قوما دون قوم ، مثل أن يقف على أولاده فيخص الذكور دون الإناث أو العكس . وأما التقديم والتأخير فيستحق بأمرين بالمفاضلة ، مثل أن يقول وقفت على أولادى للذكر مثل حظ الأنثيين أو على أن للأنثى الثلثين والذكر الثلث مثلا ، والثانى : أن يقول على أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثانى .

وأما التسوية فأن يسوى بين الغنى والفقير أو بين الذكور والإناث والإطلاق يقتضى ذلك . وأما إخراج من شاء بصفة فمثل أن يقول وقفت على

---

(١) الآية : ١٣٢ من سورة الصافات .
(٢) الآية : ٨٥ من سورة الأنعام .

أولادى على أن من اشتغلت ممثلة فلا حق لها ، أو من استغنى من أولادى فلا حق له فيه ، ويمكن أن يقول : إذا رجعت عن التمثيل أو افتقـر فيرد إليه .

وأما كتاب عمر رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود ، ولفظه حدثنا سليمان المهرى قال : أخبرنا ابن وهب قال : أخبرنى الليث عن يحيى بن سعيد عـن صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : نسخها لى عبد الحميد بن عبد الله ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما كتب عبد الله عمر فى ثمغ ، فقص من خبره نحو حديث نافع قال : غير متأثل مالا . فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم .

قال وساق القصة قال : وإن شاء ولى ثمغ اشترى من ثمره رقيقاً لعمله وكتب معيقيب ، وشهد عبد الله بن الأرقم . بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ، أن ثمغاً وصرمة ابن الأكوع والعبد الذى فيه ، والمائة سهم التى بخيبر ، ورقيقـه الذى فيه ، والمائة التى أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالوادى ، تليه حفصـة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذى القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه » .

وبعد ، فان هذا الفصل يشـتمل على أحـكام نبحثها مسـتعينين بالله متنتمدين منه التوفيق والسداد فنقول :

إذا وقف على ولده لا يدخل فيه ولد الولد بحال ، سواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ، لأن الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده لصلبه ، وإنمـا يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ، ولهذا يصح نفيه . فيقال ما هذا ولدى إنما هو ولد ولدى . وإن قال : على ولدى لصلبى فهو آكد . وإن قال : على ولدى وولد ولدى ثم على المساكين ، دخل فيه البطن الأول والثـانى ولم

يدخل فيه البطن الثالث . وإن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم ، وموضع الخلاف الإطلاق .

فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف كأن يقول : على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الأولاد باتفاق .

وكذلك إن قال : على أولادى أو ولدى وليس له ولد من صلبه ، أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم . أو قال : فإذا خلت الأرض من عقبى عاد إلى المساكين . وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول : على ولدى لصلبى أو الذين يلوننى ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم .

وقال أحمد فى رواية المروذى : قلت لأبى عبد الله ما تقول فى رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال : كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شىء لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضاً فيمن وقف على ولد على بن إسماعيل ولم يقل إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد على بن إسماعيل ؛ دفع إلى ولد ولده أيضاً لا أن هذا من ولد على بن اسماعيل . ووجه ذلك قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » [1] فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، ولما قال « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » [2] فتناول ولد البنين ، وخالف القاضى وأصحابه من الحنابلة ووافقوا مذهب الشافعى رضى الله عنه فيها .

فــرع إذا قال وقفت هذا على ولدى وولد ولدى ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب أو الأول أو البطن الأول ثم البطن

---

(١) الآية : ١١ من سورة النساء .
(٢) الآية : ١١ من سورة النساء .

الثانى أو قال على أولادى ثم على أولاد أولادى ، أو قال على أولادى فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادى ، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرطه، ولا يستحق البطن الثانى شيئاً حتى ينقرض البطن كله ، ولو بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له ، لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه .

فإن قال : على أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلا على الترتيب ، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم ، وهذا ينافى التسوية ، ولأنه يفضى إلى تفضيل ولد الابن على الابن ، وهذا يخالف إرادة الواقف .

فإن قال وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم ، أو على أولادى ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا ، أو قال على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال ، يشترك فيه من شرك بينهم بواو العطف المقتضية للاشتراك بين ما بعدها فى الحكم مع ما قبلها .

ففى الصورة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفى الثانية يختص به الولد ، فإذا انقرضوا صار مشتركاً بين من بعدهم ، وفى الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم . ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله .

ويروى عن جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود ، فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء ، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم . وهذا الحكم راجع إلى اتباع الأصل فى البيع ، وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل ، وبعد التأبير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل فكانت للموجود قبل التأبير لأن الأصل كان له فاستحق

ثمرته ، كما لو باع هذا النصيب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشترى ، وهذا الحكم فى سائر الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته .

فـرع إذا وقف على قوم وأولادهم وذريتهم دخل فى الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه . فأما ولد البنات فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنهم يدخلون وقال الخرقى من أصحاب أحمد : لا يدخلون . وقال أحمد فيمن وقف على ولده : ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء ..

قال ابن قدامة : وهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده .

وممن قال : لا يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن . وهكذا إذا قال : على ذريتهم أو نسلهم أو عقبهم ، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد من الحنابلة : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب أبى يوسف ، لأن البنات أولاده ، فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا فى الوقف لتناول اللفظ لهم .

وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى « ونوحا هدينا من قبل ، ومن ذريته داود وسليمان ــ إلى قوله تعالى ــ وعيسى » (1) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال « أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل » (2) وعيسى فيهم . وقال النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر « إن ابنى هذا سيد يصلح الله على يديه بين فئتين عظيمتين من المسلمين » يعنى الحسن بن على رواه أحمد والبخارى والترمذى عن أبى بكرة رضى الله عنه .

---

(1) الآية : ٨٤ سورة الأنعام .
(2) الآية : ٥٨ من سورة مريم .

وعن أنس قال « بلغ صفية أن حفصة قالت : بنت يهودى فبكت فدخل عليها النبى صلى الله عليه وسلم وهى تبكى وقالت : قالت لى حفصة : أنت ابنة يهودى . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إنك لابنة نبى ، وإن عمك لنبى وإنك لتحت نبى فيم تفتخر عليك ؟ ثم قال : اتقى الله يا حفصة » رواه أحمد والترمذى وصححه والنسائى . وفى حديث عن أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : « وأما أنت يا على فختنى وأبو ولدى » رواه أحمد .

وعن أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ــ وحسن وحسين على وركيه « هذان ابناى وابنا ابنتى ، اللهم إنى أحبهما فأحبهما وأحب من يحبهما » رواه الترمذى وقال : حديث حسن غريب . وأخرج نحوه الترمذى من حديث البراء بن عازب بدون قوله : هذان ابناى ولفظه « أبصر حسناً وحسينا فقال : اللهم إنى أحبهما فأحبهما » وللشيخين من حديث البراء أيضاً بنحوه .

ولما قال الله تعالى « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » [1] دخل التحريم حلائل أبناء البنات ، ولما حرم الله تعالى البنات دخل فى التحريم بناتهن ، فإن وقف على عترته فقد قال فى المصباح : العترة نسل الإنسان ، قال الأزهرى : وروى ثعلب عن ابن الأعرابى أن العترة ولد الرجل وذريته وعقبه من صلبه ، ولا تعرف العرب من العترة غير ذلك ، ويقال : رهطه الأدنون ، ويقال : أقرباؤه . ومنه قول أبى بكر رضى الله عنه : نحن عترة رسول الله صلى الله عليه وسلم التى خرج منها ، وبيضته التى تفقأت عنه . وعليه قول ابن السكيت : العترة والرهط بمعنى . رهط الرجل قومه وقبيلته الأقربون . وقد أثبتنا مذاهب العلماء فى (فصل ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع) فارجع إليه .

وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون إليه . قال الشاعر :

---

(1) الآية : ٣٢ من سورة النساء .

بنـونا بنو أبنائنـا وبناتنـا بنوهن أبنـاء الرجال الاباعد

وقد أورد المصنف البيت بإبدال القافية والمحفوظ هو ما أثبتناه .

فــــرع لا يدخل الولد المنفى بلعان إلا أن يستلحقه فيسـتحق حينئذ من الريع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه فى مدة النفى وينتفى الولد بقوله : أشهد بالله لقد زنت وما هــذا ولدى ، فينتفى بلعان الزوج وحده خلافاً للحنابلة ، فانهم لا يعتبرون نفى الزوج وحــده ، وإنما يعتبرون النفى باللعان التام ، وهو أن يوجد اللعان بينهما جميعاً فلا ينتفى بلعان الزوج وحده . والله تعالى أعلم .

حكم قيام الفــرع مقام الأصل

جرى أكثر الواقفين على أن يجعلوا أوقافهم بعد موتهم على أولادهم ثم أولاد أولادهم ثم على أولاد أولاد أولادهم ، وهكذا ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل ، الطبقة العليـا منهم تحجب الطبقة السفلى من نفسها لا من غيرها بحيث يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره يستقل به الواحد منهم إذا إنفرد ويشترك الاثنان فما فوقهما عند الاجتــماع على أن من مات منهــم وترك ولدا أو ولد ولد أو أسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك لولده أو ولد ولده وإن سفل ، فإن لم يكن له ولد ولا ولد ولد ولا أسفل انتقل نصيبه من ذلك لإخوته وأخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق .

فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فلمن فى طبقته وذوى درجته ، فان لم يكن أحد فى طبقته فلأقرب الطبقات إليه ، وبعض الواقفين يسقط اشتراط الانتقال للإخوة والأخوات مكتفيا باشتراط الانتقال لمن فى طبقته ، وعلى أن من مات منهم قبل دخوله فى هذا الوقف واستحقاقه لشىء من منافعــه وترك ولداً أو ولد ولد أو أسفل قام ولده أو ولد ولده وإن سفل مقــامه فى الدرجة والاستحقاق ، واستحق ما كان أصله يستحقه أن لو كان حيــا

باقياً ، وبعض الواقفين يعبر فى الشرط الأخير بقوله « ومن مات من أهل الوقف الموقوف عليهم قبل دخوله فى هذا الوقف إلى آخر الشرط » .

وقد نسب إلى بعض العلماء اختلاف فى أن فرع من مات قبل الاستحقاق لا يستحق فى الوقف أصلا قبل أيلولة الاستحقاق إلى أهل طبقته المعينة له بترتيب الواقف الأصلى بقوله طبقة بعد طبقة ، وما قبله ؛ أى لا يستحق مادام واحد من أهل الطبقة التى قبل طبقته موجوداً عزا ذلك الإمام ابن عابدين إلى شيخ أشياخنا الامام تقى الدين السبكى صاحب المحاولة الأولى لهذه التكملة وسنأتى على فتواه فى هذا المقام مما اعتمد عليه ابن عابدين فى عزوه هذا وقالت طائفة : انه يستحق النصيب الأصلى لأصله الذى يستحقه أصله لو كان حيا عند أيلولة الاستحقاق إلى طبقته أى طبقة الأصل ، ولا يأخذ زيادة عليه من أنصباء الذين يموتون بعد الاستحقاق لا عن ذرية من إخوة من مات قبل الاستحقاق إذا كان الشرط انتقاله لإخوته ، ولا من أنصباء الذين يموتون ممن فى طبقته — أى طبقة من مات قبل الاستحقاق عند عدم اشتراط الانتقال للاخوة ، والاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة — وبه آفتى جماعة من علماء المالكية والشافعية والحنفية .

وقال جمع كثير : إنه يشارك فى أنصباء كل من ذكر زيادة على نصيب أصله الأصلى ، سواء كان الشرط الانتقال للإخوة أو الاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة ، وبه أفتى جمع من المالكية والشافعية والحنفية .

وإليك بعض هذه الفتاوى مع بيان دليل كل فيما ذهب إليه .

فتوى الشيخ تقى الدين على بن عبد الهادى السبكى
نقلا عن الأشبـاه والنظائر للسيوطى
فى القاعدة العـاشرة

فمن ذلك أنه رفع إلى الشيخ تقى الدين السبكى سؤال عن حادثة رجل وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم ونسله وعقبه ذكراً وأنثى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، على أن من توفى منهم عن ولد أو نسل عاد ما كان جارياً عليه على ولده ثم على ولد ولده ثم على نسله على الفريضة ، على أن من توفى من غير نسل عاد ما كان جارياً عليه على من فى درجته من أهـل الوقف ، يقدم الأقرب فالأقرب ، ويستوى الأخ الشقيق والأخ من الأب ، وعلى أن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء وترك ولداً أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقى حيا إلى أن يصير إليه شىء من منافع الوقف المذكور ، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء .

وتوفى الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه أحمد وعبد القادر ، ثم توفى عبد القادر عن ثلاثة أولاد هم على وعمر ولطيفة وولدى ولده محمد المتوفى فى حياة أبيه عبد القادر ، هما عبد الرحمن وملكة ، ثم توفى عمـر من غير نسل ، ثم توفيت لطيفة عن بنت تسمى فاطمة ثم توفى على عن بنت تدعى زينب ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة بلا نسل فإلى من ينتقل نصـيب فاطمة فأجاب مبينا أن عبد القادر [1] لما توفى انتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة لعلى خمساه ولعمر خمساه وللطيفة الخمس ، هذا هو الظاهر عندنا ويحتمل أن يقال : يشاركهم عبد الرحمن وملكة ولدا محمد المتوفى فى حياة أبيـه وينزلا منزلته فيقسم أسباعاً لهما سبعان ولعلى وعمر كل واحـد سـبعان وللطيفة السبع .

---

(١) وأول اجابته (الذى يظهر لى الآن ان نصيب عبد القادر يقسم هذا الوقف الى ستين جزءاً لعبد الرحمن منه اثنان وعشرون لملكة أحد عشر ولزينب سبعة وعشرون ولا يستمر هذا الحكم فى اعقابهما ، بل كل وقت بحسبه) .

وهذا وإن كان محتملا فهو مرجوح عندنا ، لأن الاعتماد فى مأخذه على ثلاثة أمور :

(الأول) أن مقصود الواقف أن لا يحرم أحداً من ذريته . وهذا ضعيف لأن المقاصد لا تعتبر إذا لم يدل عليها اللفظ .

(الثانى) إدخالهم فى الحكم وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه لا بين الطبقتين جميعاً ، وهذا محتمل ، لكنه خلاف الظاهر .

(الثالث) الاستناد إلى قول الواقف : إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء قام ولده مقامه ، وهذا أقوى ، ولكنه إنما يتم لو صدق على محمد المتوفى فى حياة أبيه عبد القادر أنه من أهل الوقف [ولا يتم ذلك] .

وقال فى بيانه : مما ينبغى أن يتنبه له أن بين أهل الوقف والموقوف عليهم عموماً وخصوصاً من وجه ، فإذا وقف على زيد ثم عمرو ثم أولاده – أى عمرو – فعمرو موقوف عليه فى حياة زيد ، لأنه معين ، قصده الواقف بخصوصه وسماه وعينه ، وليس من أهل الوقف حتى يوجد شرط استحقاقه وهو موت زيد ، وأولاده إذا آل إليهم الاستحقاق ، كل واحد منهم من أهل الوقف ، وليس موقوفاً عليه بخصوصه ، لأن الواقف لم يعينه ، وإنما الموقوف عليه جهة الأولاد كالفقراء قال : فتبين بذلك أن ابن عبد القادر والد عبد الرحمن لم يكن من أهل الوقف أصلا ولا موقوفاً عليه لأن الواقف لم ينص على اسمه قال : وقد يقال : إن المتوفى فى حياة أبيه يستحق أنه لو مات أبوه جرى عليه الوقف فينتقل هذا الاستحقاق إلى أولاده ، وقد كنت فى وقت أبحته ثم رجعت عنه .

فإن قلت : قد قال الواقف : إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء فقد سماه من أهل الوقف مع عدم استحقاقه ، فيدل على أنه أطلق أهل الوقف على من لم يصل إليه الوقف فيدخل محمد والد عبد الرحمن وملكة فى ذلك فيستحقان ، ونحن إنما نرجع فى الأوقاف إلى ما يدل عليه لفظ واقفها ، سواء وافق ذلك عرف الفقهاء أم لا . قلت : لا نسلم مخالفة ذلك لما قلناه .

أما أولا فلأنه لم يقل : (قبل استحقاقه) وإنما قال : (قبل استحقاقه لشيء) فيجوز أن يكون قد استحق شيئاً صار به من أهل الوقف ، ويترقب استحقاقاً فيموت قبله ، فنص الواقف على أن ولده يقوم مقامه في ذلك الشيء الذي لم يصل إليه .

ولو سلمنا أنه قال : (قبل استحقاقه) فيحتمل أن يقال : إن الموقوف عليه أو البطن بعده ـ وإن وصل إليه الاستحقاق ، أعني أنه صار من أهل الوقف ـ قد يتأخر استحقاقه إما لأنه مشروط بمدة ، كقوله : (في كل سنة كذا) فيموت في أثنائها أو ما أشبه ذلك ، فيصح أن يقال : إن هذا من أهل الوقف ، وإلى الآن ما استحق من الغلة شيئاً ، إما لعدمها أو لعدم شرط الاستحقاق بمضي زمان أو غيره ، فهذا حكم الوقف بعد موت عبد القادر .

فلما توفي عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه عملا بشرط الواقف لمن في درجته ، فيصير نصيب عبد القادر كله بينهما أثلاثاً لعلى الثلثان وللطيفة الثلث ، ويستمر حرمان عبد الرحمن وملكة .

فلما ماتت لطيفة انتقل نصيبها وهو الثلث إلى بنتها ، ولم ينتقل لعبد الرحمن وملكة شيء ، لوجود أولاد عبد القادر وهم يحجبونهم لأنهم أولاده ، وقد قدمهم على أولاد الأولاد الذين هم منهم .

فلما توفي على بن عبد القادر وخلف بنته زينب احتمل أن يقال : نصيبه كله ، وهو ثلثا نصيب عبد القادر لها ، عملا بقول الواقف : (من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه لولده) وتبقى هي وبنت عمتها مستوعبتين لنصيب جدهما ، لزينب ثلثاه ، ولفاطمة ثلثه . واحتمل أن يقال : إن نصيب عبد القادر كله يقسم الآن على أولاده عملا بقول الواقف : (ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده) فقد أثبت لجميع أولاد الأولاد استحقاقاً بعد الأولاد ، وإنما حجبنا عبد الرحمن وملكة وهما من أولاد الأولاد بالأولاد ، فإذا انقرض الأولاد زال الحجب ، فيستحقان . ويقسم نصيب عبد القادر بين جميع أولاد أولاده ، فلا يحصل لزينب جميع نصيب أبيها وينقص ما كان

بيد فاطمة بنت لطيفة ، وهذا أمر اقتضاه النزول الحادث بانقراض طبقة الأولاد المستفاد من شرط الواقف : أن أولاد الأولاد بعدهم .

ولاشك أن فيه مخالفة لظاهر قوله : (إن من مات فنصيبه لولده) فإن ظاهره يقتضى أن نصيب على لبنته زينب ، واستمرار نصيب لطيفة لبنتها فاطمة فخالفناه بهذا العمل فيهما جميعاً ولو لم نخالف ذلك لزمنا مخالفة قول الواقف : « إن بعد الأولاد يكون لأولاد الأولاد » وظاهره يشمل الجميع .

فهذان الظاهران تعارضا ، وهو تعارض قوى صعب ، ليس فى هذا الوقف محز أصعب منه ، وليس الترجيح فيه بالهين ، بل هو محل نظر الفقيه ، وخطر لى فيه طرق :

منها : أن الشرط المقتضى لاستحقاق الأولاد جميعهم متقدم فى كلام الواقف ، والشرط المقتضى لإخراجهم بقوله (من مات انتقل نصيبه لولده) متأخر . فالعمل بالمتقدم أولى ، لأن هذا ليس من باب النسخ حتى يقال : العمل بالمتأخر أولى .

ومنها : أن ترتيب الطبقات أصل ، وذكر انتقال نصيب الوالد إلى ولده فرع وتفصيل لذلك الأصل ، فكان التمسك بالأصل أولى .

ومنها : أن (من) صيغة عامة فقوله : (من مات وله ولد) صالح لكل فرد منهم ولمجموعهم ، وإذا أريد مجموعهم كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأولاد من مقتضيات هذا الشرط ، فكان إعمالا له من وجه مع إعمال الأول ، وإن لم نعمل بذلك كان اعمالا للأول من كل وجه وهو مرجوح .

ومنها : إذا تعارض الأمر بين إعطاء بعض الذرية وحرمانهم تعارضاً لا ترجيح فيه فالإعطاء أولى ، لأنه لاشك أقرب إلى غرض الواقفين ومنها : أن استحقاق زينب لأقل الأمرين ، وهو الذى يخصها إذا شرك بينها وبين بقية أولاد الأولاد محقق . وكذا فاطمة ، والزائد على المحقق فى حقها

مشكوك فيه ، ومشكوك فى استحقاق عبد الرحمن وملكة له ، فإذا لم يحصل ترجيح فى التعارض بين اللفظين يقسم بينهم ، فيقسم بين عبد الرحمن وملكة وزينب وفاطمة .

وهل يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون لعبد الرحمن خمساه ، ولكل من الإناث خمسة نظراً إليهم دون أصولهم أو ينظر إلى أصولهم فينزلون منزلتهم لو كانوا موجودين ، فيكون لفاطمة خمسه ولزينب خمساه ، ولعبد الرحمن وملكة خمساه ؟

فيه احتمال . وأنا إلى الثانى أميل ، حتى لا يفضل فخذ على فخذ فى المقدار بعد ثبوت الاستحقاق . فلما توفيت فاطمة من غير نسل والباقون من أهل الوقف : زينب بنت خالها ، وعبد الرحمن وملكة والد عمهما وكلهم فى درجتها وجب قسم نصيبها بينهم لعبد الرحمن نصفه وللملكه ربعه ، ولزينب ربعه . ولا نقول هنا : تنظر إلى أصولهم ، لأن الانتقال من مساويهم ومن هو فى درجتهم فكان اعتبارهم بأنفسهم أولى ، فاجتمع لعبد الرحمن وملكة الخمسان حصلا لهما بموت على ، ونصف وربع الخمس الذى لفاطمة بينهما بالفريضة ، فلعبد الرحمن خمس ونصف خمس وثلث خمس $\frac{22}{60}$ وللملكة ثلثا خمس وربع خمس $\frac{11}{60}$ واجتمع لزينب الخمسان بموت والدها وربع خمس فاطمة ومجموعهما $(\frac{8}{20} + \frac{1}{20} = \frac{9}{20})$ فاحتجنا إلى عدد يكون له خمس ولخمسه ثلث وربع وهو ستون فقسمنا نصيب عبد القادر عليه لزينب وربع خمسه وهو سبعة وعشرون ولعبد الرحمن اثنان وعشرون وهى خمس ونصف خمس وثلث خمس وللملكة أحد عشر وهى ثلثا خمس وهى ثلثا خمس وربع خمس $\frac{11}{60}$. فهذا ما ظهر لى ولا أشتهى أحداً من الفقهاء يقلدنى ، بل ينظر لنفسه . انتهى كلام السبكى .

وهذا الجواب هو الذى استنبط منه ابن عابدين وغيره أن السبكى

لا يعتبر الطبقة الجعلية مطلقاً لا فى النصيب الأصلى ولا فى نصيب مـن يموت بعد الاستحقاق عند اشتراط انتقاله للإخوة أو لمن فى الطبقة .

ونازع السيوطى الشيخ السبكى فى ذلك ، وقسم الوقف بعد عبد القادر على أولاده الثلاثة المذكورين وعلى عبد الرحمن وملكة المتوفى والدهما فى حياة أبيه أسباعاً قال السيوطى فى الأشباه والنظائر فى القـاعدة العـاشرة (إعمال الكلام أولى من إهماله) : وما ذكره السبكى من أنه لا يطلق عليه أنه من أهل الوقف ممنوع ، وما ذكره فى تأويل قوله قوله (قبل استحقاقه) خلاف الظاهر من اللفظ ، وخلاف المتبـادر إلى الأفهـام ، بل صريح كلام الواقف أنه أراد بأهل الوقف الذى مات قبل استحقاقه لا الذى لم يدخل فى الاستحقاق بالكلية ، ولكنه بصدد أن يصل إليه .

وقوله : (لشىء من منافع الوقف) دليل قوى لذلك ، فإنه نكرة فى سياق الشرط ، وفى سياق كلام معناه النفى فيعم لأن المعنى لم يستحق شيئاً من منافع ، وهذا صريح فى رد التأويل الذى قاله .

ويؤيده أيضاً قوله : (استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقى حيا إلى أن يصير إليه شىء من منافع الوقف) فهذه الألفاظ كلها صريحة فى أنه مات قبل الاستحقاق .

وأيضاً : لو كان المراد ما قاله السـبكى لاسـتغنى عنه بقـوله أولا « على أن من مات عن ولد عاد ما كان جاريا عليه على ولده » فإنه يغنى عنه ، ولا ينافى هذا اشتراطه الترتيب فى الطبقات بثم ، لأن ذاك عام خصصه هذا ، كما خصصه أيضاً قوله : « على أن من مات عن ولده » إلى آخره .

وأيضاً : فإنا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاء هذا الكلام بالكلية ، وأن لا يعمل فى صورة ، لأنه على هذا التقدير : إنمـا اسـتحق عبد الرحمن وملكة لما استووا فى الدرجة ، آخذاً من قوله : (عاد على من فى درجته) فبقى قوله : (ومن مات قبل استحقاقه الخ) مهملا لا يظهر أثر فى صورة ، بخلاف ما إذا أعملناه وخصصنا به عموم الترتيب فإن فيه إعمالا للكلامين ، وجمعاً بينهما وهذا أمر ينبغى أن يقطع به .

وحينئذ فنقول : لما مات عبد القادر قسم نصيبه بين أولاده الثلاثة وولدى ولده أسباعاً ، لعبد الرحمن وملكة لعبد الرحمن وملكة السبعان أثلاثاً فلما مات عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه وولدى أخيه فيصير نصيب عبد القادر كلهم بينهم ، لعلى خمسان وللطيفة خمس ولعبد الرحمن وملكة خمسان أثلاثاً ولما توفيت فاطمة بنت لطيفة والباقون فى درجتها ، زينب وعبد الرحمن وملكة ، قسم نصيبها بينهم (للذكر مثل حظ الأنثيين)[1] اعتباراً بهم لا بأصولهم ، لما ذكره السبكى : لعبد الرحمن نصف ولكل بنت ربع ، فاجتمع لعبد الرحمن بموت عمر : خمس وثلث ، وبموت فاطمة نصف خمس ، وللملكة بموت عمر ثلثا خمس ، وبموت فاطمة : ربع خمس ولزينب بموت على خمسان ، وبموت فاطمة ربع خمس ، فيقسم نصيب عبد القادر ستين جزءاً ، لزينب سبعة وعشرون وهى خمسان وربع خمس ، ولعبد الرحمن اثنان وعشرون وهى خمس ونصف وثلث وللملكة أحد عشر وهى ثلثا خمس وربع . فصحت مما قاله السبكى ، لكن الفرق تقدم استحقاق عبد الرحمن وملكة ، والجزم حينئذ بصحة هذه القسمة ، والسبكى تردد فيها ، وجعلها من باب قسمة المشكوك فى استحقاقه ونحن لا نتردد فى ذلك اهـ .

وجواب السبكى هذا عن هذه الحادثة هو الذى استنبط منه ابن عابدين وغيره أن السبكى لا يعتبر الطبقة الجعلية مطلقاً لا فى نصيب من يموت بعد الاستحقاق عند اشتراطه للإخوة أو لمن فى الطبقة ، ونازع الامام السيوطى السبكى فى ذلك وقسم الوقف بعد عبد القادر على أولاده الثلاثة المذكورين، وعلى عبد الرحمن وملكة ولدى أخيه المتوفى قبل الاستحقاق ، ورد على السبكى فى أن لفظ أهل الوقف لا يشمل محمداً المتوفى قبل الاستحقاق وأطال فى ذلك بما نقلناه هنا عن الأشباه والنظائر بحذافيره .

(ومن ذلك) ما رفع إلى السبكى أيضاً وهو وقف وقف على حمزة ثم على أولاده ثم على أولادهم ، وشرط فيه أن من مات من أولاده انتقل

---

(1) الآية : ١١ من سورة النساء .

نصيبه للباقين من إخوته ومن مات قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف عن ولد استحق ما كان يستحقه المتوفى لو كان حيا باقياً . فمات حمزة عن ولدين هما (عماد الدين) و (خديجة) وولد ولد مات أبوه فى حياة والده حمزة وهو (نجم الدين بن مؤيد الدين بن حمزة) فأخذ الولدان نصيبهما وولد الولد نصيب أبيه الذى لو كان حيا لأخذه . ثم ماتت خديجة فهل يختص أخوها عماد الدين بالباقى من حصتها أو يشاركه ولد أخيه نجم الدين فأجاب :

(تعارض فيه اللفظان ، أى قول الواقف : للباقين من إخوته وقوله : ومن مات قبل استحقاقه إلى آخره .. فتحتمل المشاركة ، لكن الأرجح اختصاص الأخ . ووجهه [1] أن التنصيص على الإخوة وعلى الباقين [2] منهم كالخاص . وقوله : « ومن مات قبل الاستحقاق كالعام .. فيقدم الخاص على العام » الخ . فأنت تراه قد أقر على أن نجم الدين شارك أعمامه فى حصة أبيه التى لو كان حيا لأخذها ومنعه من حصة عمه الذى مات بعد الاستحقاق لا عن ذرية ، المشترط فيها الانتقال للاخوة ومن جواب هذه الحادثة أخذ بعض الأفاضل رجوع السبكى عن عدم اعتبار الطبقة الجعلية اهـ .

(ومن ذلك) ما رفع السؤال عنه لكثير من العلماء وهو وقف وقفه واقفه من بعده على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم وثم طبقة بعد طبقة ، على أن من مات منهم عن ولد أو أسفل انتقل نصيبه إليه ، ومن مات منهم عن غير ولد ولا أسفل انتقل نصيبه إلى إخوته المشاركين له فى الاستحقاق فإن لم يكن له إخوة انتقل الى من هو فى طبقته وعلى أن من توفى منهم قبل دخوله فى هذا الوقف وترك ولداً أو أكثر أو أسفل وآل الحال إلى استحقاق المتوفى لو كان حيا قام ولده وإن سفل مقامه فى الاستحقاق ، واستحق ما كان أصله يستحقه من ذلك أن لو كان حيا موجوداً .

---

(١) وفى نسخة اخرى (ويرجحه) بدل (ووجهه) .
(٢) وفى نسخة (كالمستحقين) .

هذا ملخص الشرط ، فانحصر الاستحقاق فى شخص يسمى إبراهيم ، ولإبراهيم ولد يسمى أحمد توفى فى حياته عن بنته فاطمة ثم توفى ابراهيم عن بنت فاطمة وعن أولاد له أربعة وهم : أبو البقاء ومحمد وزينب وسيدة الملوك فقسم ريع الوقف أخماساً عملا بقول الواقف : ومن مات قبل دخوله إلخ . ثم توفى محمد وزينب وأبو البقاء عن أختهم سيدة الملوك وعن بنت أخيهم فاطمة فهل يقسم الريع بينهما نصفين أم تستحق فاطمة الخمس فقط .
فأجابت طائفة من أعيان الفقهاء وفقهاء الأعيان وقالوا : إنهما فى قسمة الريع مستويان ، واستدل لهم بأن قوله : على أن من توفى منهم قبل دخوله الخ . فيه لفظان من أدوات العموم (أحدهما) قوله : (مقام) المضاف فانهم صرحوا أنه من العام ، وفرع على ذلك الحنفية فروعاً كثيرة (ثانيهما) لفظ (ما) عام كما هو معلوم ، والعام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً عند الحنفية ، حتى قالوا بنسخ الخاص المتقدم عليه به إذا تعارضا خلافاً للشافعى على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

والعام هنا قد وقع فى كلام الواقف متأخراً ، وقد نص الخصاف وغيره على أن العبرة فى كلام الواقفين بالمتأخر ، فقوله : (مقامه) يشمل المقام فى استحقاقه لشىء ابتداء ، والمقام فى استحقاقه ما يصير إليه بعد الدخول ، وكذا لفظ (ما) فيما كان يستحقه يشمل ما كان يستحقه ابتداء ويشمل ما كان يستحقه بعد الدخول .

وقالت طائفة أخرى : إنها لا تستحق الا الخمس ونصيب أعمامها تختص به أختهم دون بنت الأخ ، ووُجّه بأن قول الواقف : على أن من مات منهم قبل دخوله . الخ . مقصور على استحقاق الولد لنصيب والده المستحق فى حياته لا يتعداه الى من مات من إخوة والده عن غير ولد بعد موته ، بل ذلك إنما يكون للإخوة الأحياء عملا بقول الواقف ، على أن من توفى منهم عن غير ولد إلخ . إذ لا يمكن إقامة الولد مقام أبيه فى الوصف الذى هو الأخوة حقيقة بل مجازاً ، والأصل حمل اللفظ على حقيقته ، وفى ذلك جمع بين الشرطين ، وعمل بكل منهما فى محله ؛ وذلك أولى من إلغاء أحدهما .

ووقع هذا الاختلاف بعينه فى واقف وقف كما ذكر وترك أولاداً وولد ولد على الوجه المار ، إلا أنه اكتفى باشتراط انتقال نصيب من مات عن غير ولد ولا أسفل لمن فى طبقته ، واشترط الانتقال للإخوة ، فقالت طائفة : إن الربع يقسم بين الولد وولد الولد الذى مات أبوه قبل الاستحقاق نصفين ، واستدل بأن ولد الولد المذكور ارتقى إلى درجة والده وطبقته بشرط الواقف ، والمعتبر فى الأوقاف هو الطبقة الجعلية فضلا عن العموم فى الشرط المتأخر الذى ينسخ ما قبله عند المعارضة .

وقالت طائفة أخرى . إن ولد الولد لا يأخذ إلا الخمس ، واستدل لهم بأن لفظ الطبقة فى كلام الواقف محمول على الحقيقة دون المجاز ، لئلا يلزم الجمع بين المتضادين ، وإعطاء الشخص فى موضع دل صريح كلام الواقف على حرمانه فيه ، وحرمانه فى موضع دل صريح كلام الواقف على إعطائه فيه ، كما إذا مات المتوفى أبوه قبل الاستحقاق عن غير ولد وله نصيب ، فإن أعطينا نصيبه أهل طبقته وأهل طبقة أبيه معاً جمعنا بين الحقيقة والمجاز ، وإن أعطينا أهل واحدة منهما دون الأخرى — فإن كانت طبقته — نكن أهملنا المجازية ، وقد كنا فرضناه من أهلها إلى حين أخذه مع أعمامه من نصيب جده ، وإن كانت طبقة أبيه — نكن أهملنا الحقيقية بعد أن حكمنا له فيها بصريح شرط الواقف ، فأبقينا الطبقة فى كلام الواقف على حقيقتها وأعملنا الكلامين بحسب الإمكان — وقلنا : إن غرض الواقف : أن ولد من مات قبل الاستحقاق لا يكون محروماً ، بل يستحق القدر الذى لو فرض أبوه حيا لتلقاه عن أبيه وأمه تشبيها لولد من مات قبل الاستحقاق بولد من مات بعده فى الإعطاء .

ولو قلنا بخلاف ذلك لزم أن تثبت للمشبه قدراً زائداً على المشبه به ، إذ ولد من مات بعد الاستحقاق ليس له هذا المعنى ، أى أن ولد من مات بعد الاستحقاق جعل له الواقف نصيب أبيه لئلا يكون محروماً منه ، ولو مات أحد من أعمامه أو غيرهم ممن فى درجة أبيه لم يجعل له الواقف منه شيئاً حيث شرط أن من مات لا عن ولد فنصيبه لمن فى طبقته أو فنصيبه

لإخوته ، وأما ولد من مات قبل الاستحقاق فإنه لما لم يدخل فى الشرطين أحب الواقف أن لا يحرمه أيضاً ما كان يستحقه أبوه لو كان حيا ، فشرط الشرط الثالث لإدخاله فى ريع الوقف قبل انقراض درجة أبيه كما أدخل ولد من مات بعد الاستحقاق وجعله بمنزلته ، فلو أعطيناه أيضاً من أعمامه تنزيلا له منزلة أبيه من كل وجه لزم أن يزيد على ولد المستحق ولا يساعده غرض الوقف وقد صرحوا بأن الغرض يصلح مخصصاً وبهذا يندفع ما استدل به المقدسى على دعواه من عموم لفظ (ما) ولفظ مقام كما مر إذ يبعد أن يكون مراد الواقف أن يجعل ولد ولده الميت قبل الاستحقاق أقوى حالا من ولد ولده الميت بعد الاستحقاق ، وإنما المعروف المألوف إلحاقه به وعدم حرمانه ، فيختص عموم لفظ المقام بما يدل عليه المقام وكثرت الفتاوى من الحنفية وغيرهم بالاعطاء والحرمان ، واختلط الحال على ذوى الأفهام حتى ظن بعض الأفاضل أن فى الأعطاء والحرمان بهذه الشروط قولين فى مذهب الإمام أبى حنيفة وتحقيق الحق فى ذلك يتوقف على بيان أمور .

(الأول) هل النصيب اسم لما كان مستحقا بالفعل أو يشمل ما هو بعرضية الاستحقاق ؟

(الثانى) هل لفظ أهل الوقف ولفظ الموقوف عليهم متساويان ، ويساوى كل منهما لفظ من مات منهم الكثير الوقوع فى عبارة الواقفين أو لا .

(الثالث) هل الخاص يخصص العام عند التعارض ، سواء تقدم عليه أو تأخر متصلا به أو منفصلا ، أو لا يخصصه ويعتبر حكم كل منهما ، فإن تعارضا اعتبر المتأخر منهما ناسخاً للسابق .

(الرابع) هل غرض الواقف يصلح مخصصاً للعام أو لا ؟ وإن قلنا : إنه مخصص فمتى يثبت به التخصيص .

(الخامس) هل المعتبر فى الطبقات فى قول الواقفين طبقة بعد طبقة ، وفى قولهم لمن فى طبقته وغير ذلك الطبقات النسبية أو الطبقات أو الطبقات

الجعلية ، أى الطبقات باعتبار ترتيب الواقف وجعله ، ولو لم تكن على ترتيب الطبقات النسبية .

(السادس) هل يلزم على تشريك من مات قبل الاستحقاق فى نصيب إخوة أصله الذين يموتون بعد الاستحقاق لا عن ولد ولا أسفل أحد الأمرين من المجاز ، والجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ الأخوة أو لا يلزم ؟

وهل يحتاج إلى عموم المجاز فيه أو لا ؟ وهل يلزم واحد مما ذكر فى لفظ الطبقة على تشريكه فى نصيب من يموت من طبقة أصله لا عن ذرية عند اشتراط الانتقال للإخوة ، والاكتفاء باشتراطه لمن فى الطبقة أو لا .

(السابع) هل تقدير الميت قبل القسمة موجوداً عندها والقسمة عليه بعد تقديره موجوداً ليتوصل بالقسمة عليه إلى نقل ما يصيبه بها إلى فرعه أمر منكر فى الأوقاف ، ولا يصح فيها عند القسمة ، أو هو أمر ضرورى لابد منه عند القسمة فى كثير من محلات الأوقاف .

(الثامن) هل فى تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق فى نصيب إخوة أصله عند اشتراط الانتقال لهم ، أو فى نصيب من فى طبقة أصله عند الاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة مخالفة لغرض الواقف أو لا .

(أما الأول) فالنصيب إنما يطلق على المستحق بالفعل ولا يشمل ما هو بعرضية الاستحقاق على ما هو التحقيق عند الحنفية ما لم يقم الدليل على غيره فيعمل به ، ومن هنا كان قول الواقف من مات عن ولد انتقل نصيبه إليه ، فان لم يكن له ولد فلإخوته إلى آخر الشرط محمولا عندهم على ما بعد الاستحقاق بالفعل .

(وأما الثانى) فلفظ أهل الوقف ولفظ الموقوف عليهم يتناول كل منهما عند الحنفية الذين أدخلهم الواقف فى وقفه وفى ترتيبه سواء وصل إليهم الاستحقاق بالفعل أو لا ، بل بعرضية أن يؤول إليهم الاستحقاق ولو لم يستحقوا شيئاً ما مطلقاً لا بالترتيب الأصلى ولا بشرط من الشروط ،

ويساوى كل لفظ منهما لفظ ، ومن مات منهم . الذى يقع كثيراً فى شروط الواقفين ، وكذلك لفظ من مات ، بدون لفظ منهم .

أما الأصحاب (الشافعية رحمهم الله تعالى) ففرق السبكى منهم بين لفظ : أهل الوقف ، ولفظ الموقوف عليهم ، اللذين يقعان فى عبارات الواقفين كما علمته مما تقدم نقله عنه ، وبالضرورة يخالف لفظ كل منهما لفظ : ومن مات ، ولفظ : ومن مات منهم ، لأن مرجع الضمير سواء كان مصرحاً به أو محذوفاً ، هو المذكور فى كلام الواقف فى ترتيبه أعم من أن يكون وجد أو لا ، استحق أو لا ، عينه الواقف وسماه أولا ، ومن هنا أفتى السبكى بحرمان فرع من مات أصله قبل الاستحقاق مطلقاً بالفعل حتى يؤول الاستحقاق إلى طبقته فى حادثة ملكة وعبد الرحمن لتعبير الواقف فيها بقوله : ومن مات من أهل الوقف الموقوف عليهم كما علمت ، ونازعه الإمام السيوطى فى ذلك وقال : إن هذه التفرقة اصطلاح فقهى لا يحمل عليه كلام الواقف الصريح فى خلافها ، وسوّى بين قول الواقف ومن مات من أهل الوقف ، وقوله : ومن مات منهم ، ولذلك أفتى بتشريك ملكة وعبد الرحمن كما علمت .

(وأما الثالث) فقال جمهور الأصحاب من الشافعية : إن الخاص يخصص العام عند تعارضهما أينما وقع منه تقدم أو تأخر . وقالت الحنفية : يعتبر حكم كل منهما فيما تناوله ، وعند تعارضهما ينسخ المتأخر منهما المتقدم ، ومبنى ذلك هو الخلاف بين الشافعية والحنفية فى عموم العام ، هل العموم فيه ظنى أو قطعى ؟ فقال جمهور الشافعية : انه ظنى فيه ، وبنوا على ذلك جواز تخصيصه أول تخصيص له بالظنى كالقياس وغيره ، وقدموا الخاص عليه ، لأنه قطعى فى خصوصه وخصوه به عند تعارضهما علم التاريخ أو لا ، تقدم أو تأخر ، وقد اعتمد على ذلك السبكى فى جواب حادثة الوقف على حمزة وأولاده التى سقناها آنفا ، وقدم الخاص وهو قول الواقف للباقين من إخوته على العام المشتمل عليه قوله : ومن مات قبل دخوله الخ نظراً لظنية العام فى عمومه ، وقطعية الخاص فى خصوصه ، وذلك لفهمه التعارض بينهما وستعلم ما فيه . وقالت الحنفية : العام قطعى

فى عمومه فلا يخرج بعض أفراده من حكمه إلا بقطعى لفظ متصل به غير مستقل أو بغير لفظ مستقل كالعقل والعادة أو بلفظ مستقل متصل ، فإن كان لفظا مستقلا غير متصل كان ناسخاً إن علم تأخره ، فان لم يعلم تأخره حمل على التعارض واعتبر فيهما الترجيح ، فان بطل عمومه بمخصص وهو اللفظ المستقل المتصل باخراج بعض أفراده صار ظنيا فى الباقى ، وحينئذ يصح تخصيصه بظنى .

ولما كان العام قطعيا عندهم كالخاص فى خصوصه قالوا : إن العام المتأخر عن الخاص ناسخ له إن وقع التعارض بينهما . وقال القاضى حسين وإمام الحرمين من أصحابنا : إن العام إذا تأخر عن الخاص نسخة كما قالت الحنفية ، وعلى هذا كان اعتماد السيوطى فى تشريك ملكة وعبد الرحمن فى حصة عمهما عمر فى الحادثة المتقدمة عملا بالعام المتأخر عن الخاص ، وكتب الحنفية أصولا وفروعاً ناطقة بذلك ، وموقف القاضى والإمام إنما يثبت القاعدة التى تقول : إن كل رأى فى مذهب من المذاهب المعتبرة هو وجه عندنا ولو كان وجها مرجوحاً .

(وأما الرابع) فالغرض هو المقصد الذى يقصده الإنسان ، فإذا قيل : غرض المتكلم من كلامه كذا فمعناه هو ما يقصده منه ، فإن قصد إلى معنى يحتمله الكلام ولو بتخصيص عام أو معنى مجازى قبل منه إن كان يصح الحمل عليه مع عدم مخالفته الظاهر بشرط أن يساعد عليه اللفظ ، لأنهم نصوا على أن الغرض الذى لا يساعد عليه اللفظ غير مقبول ، فلو قصد إلى غير الظاهر لا يقبل،ولو صرح المتكلم بأنه غرضه، كما لو حلف لا يأكل طعاماً ، وقصد تخصيص طعام فإنه لا يقبل ، ويحنث بأى طعام بخلاف تخصيص يوم فيما لو حلف لا يكلمه يوم يقدم فلان ، إذا خصصه ببياض النهار ، فانه يقبل ، لأن (يوم) وإن كان يستعمل عاماً فى الزمن إلا أن المعنى الذى قصد إليه حقيقى فيقبل لعدم مخالفته الظاهر ولمساعدة اللفظ عليه ، وكما لو أراد بيع شىء فساومه من أراد شراءه بعشرة فحلف البائع أنه لا يبيعه بعشرة ثم باعه بتسعة لا يحنث ، لأنه وإن كان غرضه الزيادة لكن لما لم يساعد عليها اللفظ لم تعتبر .

وقد نصوا فى غرض الواقف بخصوصه على عدم اعتباره إذا لم يساعد عليه اللفظ كما نقل ذلك العلامة ابن عابدين وغيره فى الأوقاف .

هذا فى الغرض مطلقاً أما غرض الواقف فى تخصيص العام فحكمه حكم النص العام الذى يرد عن الشارع صلوات الله وسلامه عليه ، لأنهم نصوا على أن شرط الواقف كنص الشارع فى العموم والتخصيص وغير ذلك من الأحكام ، وقد نص الأصوليون على أن الذى يخرج بعض أفراد العام من حكمه إما لفظ غير مستقل كالشرط والاستثناء والغاية ، ولا يكون إلا متصلا أو لفظ مستقل أى بالإفادة ، متصل به أو غير متصــل ، ويكون الإخراج بالمستقل غير المتصل نسخاً لا تخصيصاً .

وأما غير لفظ كالعقل ، فى مثل خلق كل شىء لضرورة حــكمه بخروج البــارىء جل شأنه من العام أو الحس أى العقل بواسطته كما فى (أوتيت من كل شىء) للمشاهدة أو العادة ، كما فى : (لو حلف لا يأكل رأســاً) فإن رأساً نكرة فى سياق النفى فيكون عاماً ، ولكنه يقع على الرأس المتعارف أكله ، ويكبس فى التنانير ويباع . وإن كان يستعمل عرفا فى رأس كل حيوان إلا أنه مخصص بالمعتاد لأنه معلوم أن عمومه غير مراد ، إذ لا يدخل فيه رأس الجراد والعصفور أو كون بعض الأفراد ناقصاً فى معنى العام فيحمل اللفظ على غيره كما فى كل مملوك لا يقــع على ناقص الملك كالمكاتب وأما بعض كون الأفراد زائداً كالفاكهة لا تشمل العنب ، والعام فى كلها حجة فــيما بقى غير أنه عند التخصيص باللفظ المستقل يكون حجة فيه شبهة كالعام قبل التخصيص عند أصحابنا (الشافعية) وبذا تعلم أن غرض الواقف يصــلح مخصصاً ولكن لابد أن يؤيد بشىء مما ذكر من لفظ أو عادة أو غيرهما أما إذا لم يكن مؤيداً به فلا يقبل ولا يكون مخصصاً .

وكيف كان غرض الواقف بديهيا عند من فهم غرض الواقف بمجــرد استبعاد أن يكون غرض الواقف أن يستحق الشخص إذا مات أبوه قبــل الاستحقاق نصيباً زائداً عما إذا مات أبوه بعد الاستحقاق ، ولم يستبعد ما إذا أنشأ الواقف وقفه على نفسه ثم على أولاده الثــلاثة ثم من بعد كل

على أولاده إلى آخر الشروط السابق بيانها ، ثم مات أحد الأولاد الثلاثة قبل الاستحقاق عن ولد ثم مات الواقف عن ولديه وابن ابنه الذى مات قبل الاستحقاق ثم مات أحد الولدين عقيماً ثم مات ثالث الأولاد عن ولد فإنه على رأى من يدعى فهم غرض الواقف يكون التقسيم لابن الابن الذى مات قبل الاستحقاق الثلث يستقل به هو وفرعه من بعده ، وابن الابن الذى مات أخيراً بعد الاستحقاق الثلثان يستقل به هو وفرعه إلى ما شاء الله ، مع أن الولدين هما بالنسبة للواقف من جهة الدرجة النسبية والقرب سواء ، ولم يتميز أحدهما عن الآخر فى شىء ، اللهم إلا إن كان ابن الابن الذى مات أبوه قبل الاستحقاق قد فضل من الواقف بترقيته إلى درجة أعلى من درجته ، ومع ذلك كان نصيبه نصف نصيب ابن عمه ، ويستمر هذا النصيب بهذا الترتيب فى فرع كل واحد إلى انقراض فرع أحدهما ، إننا نرى أن هذا أبعد بكثير مما استبعده من ادعى ظهور غرض الواقف وجعله مخصصاً للعام .

وليت شعرى من أين يعلم غرض الواقف الذى لم يدل عليه دليل ، مع أن دعوى التخصيص بالغرض تحتاج إلى إثبات غرض الواقف بما لا يعتريه الشك ، وأن تصوراتنا مهما كانت لا يمكن أن نحكم بأنها مطابقة وموافقة لغرض الواقفين لأننا لا يمكننا أن نفهم أى فرق بين أن يموت أحد الإخوة الثلاثة عقيماً قبل إخوته المشاركين له فى الدرجة فيقسم نصيبه عليهما ، أو أن يموت أحدهم عن فرع ثم يموت العقيم فيختص أخوه الثالث بنصيبه ثم يستمر فى فرعه فى صورة ما إذا لم ينقض القسمة بعد تلك الطبقة ، فالإخوة سواء ، ولم يكن فى ذهن الواقف أن يفضل واحداً من أولاده بخصوصه ، بل إن مسئلة التفضيل فى الشخص وفى فرعه إنما تأتى بطريق الصدفة ، وليس موت الشخص قبل الآخر إثما أو جناية حتى تكون وفاته سبباً لنقص نصيب فرعه عن فرع أخيه المستوى معه عند الواقف ، وعلى هذا بقى العموم فى نص الشارع ألا ترى أنه قد جاء النص عاماً ، وبقى على عمومه ولم يتخصص بما يظنه العقل قريباً من غير أن يكون مستنداً إلى دليل ، حيث جاء فى باب التوريث أنه إذا ماتت امرأة عن زوج له النصف

وعن أختين لأم لهما الثلث وأم لها السدس ، وأخ شقيق لا يستحق مع أنه يشارك أختيه من جهة أنه أخ لأم ، وكانت زيادة القرب للمتوفى مانعة له من أخذه نصيباً ، وكما إذا ماتت امرأة عن زوج له النصف وأخت شقيقة لها النصف ، وأخت لأب لها السدس تكملة الثلثين فتعول التركة إلى ثمانية وعشرين فإذا وجد للأخت لأب أخ للميت لأب معها منعها من الميراث وامتنع هو كذلك ، فيكون سبباً لمنع استحقاق أخته شيئاً فى التركة وهو لم يستحق ، وهذا هو المسمى بالأخ المشئوم فى اصطلاح الفرضيين ، وهنا ليس للعقل ولا للوهم مجال لورود النص مهما خالف الظاهر أو المتبادر ولنا من المشاهدة أن نقول : إن الواقفين عند انشائهم شروط أوقافهم لم يستحضروا فى مخيلتهم ولم تخطر بفكرتهم جميع صور الاستحقاق التى لا تدخل تحت حد ولا حصر ، وإنما يستحضرون بعض تلك الصور ، ويضعون له من الشروط ما يمكن انطباقه عليه ، ولا يمكننا أن نعرف بالتحقيق الصور التى استحضرها الواقفون فى أذهانهم عند انشاء الوقف سواء كانت تلك الصور قريبة أو بعيدة فالحكم على إرادة المعين بخصوصه والجزم بإرادته أو عدم إرادته أمر متعذر لا يمكن الحكم به ، فحينئذ لا إلا أن نحكم بما تدل عليه ألفاظ الواقفين بعمومها ، وبذلك لا يغادر العموم صورة من الصور التى أرادها الواقفون إلا أحصاها بدخولها فى العموم لشموله جميع الصور بخلاف ما إذا خصصناه بمخصص مبناه التخيل والوهم ، فانه ربما خرجت صورة أو صور مما أراد الواقف أن يكون داخلا ، والاحتياط بشمول اللفظ لعموم الصور يجعلنا متحققين من أن تخرج صورة محتملة أن يكون الواقفون أرادوا دخولها ، فالتعميم إذن لا محذور فيه ، والتخصيص فيه احتمال لمخالفة غرض الواقف وشرطه الذى هو كنص الشارع ، ولا يخفى ما فيه من المحذور ، ولا يضرنا أن ندخل بعموم اللفظ ما لم يخطر بذهن الواقف لما تقدم ، ولأننا نرى بما نستنتجه بالظن أن الواقف لو خطرت بفكرته بعض الصور لربما جعل المستحق محروماً مثل ما إذا خطر فى ذهن الواقف قيام وصف بالمستحق مما يمنع الإرث مثل ما إذا قتل المستحق الواقف وأعدمه الحياة ، فإننا لا نجد أحداً من علماء الدين قال بحرمان المستحق لهذا السبب مع أنه يظن أن الواقف

لو لاحظ ذلك لنص على الحرمان ، ولكن هذا الظن والتخمين لا يعتد به ولا يلتفت إليه لتفاوت الأغراض والتصورات والعقول ، فما يراه أحد الناس حسناً أو واجباً ربما يراه البعض الآخر قبيحاً أو مستنكراً وسبحان من أحاط علمه بكل شيء دون سواه ، فلا يمكن الحكم بغرض الواقف إلا إذا دل عليه الدليل القاطع لا بالظن والتخمين .

(وأما الخامس) فقد نصّ علماء الحنفية وغيرهم على أن المعتبر فى الطبقات فى عبارات الواقفين هى الطبقات الجعلية ، أى التى جعلها الواقف ورتّب الموقوف عليهم عليها ، وافقت النسبية أو لا ، وهو المقبول المعقول ، لأن الذى يفيد الموقوف عليهم الاستحقاق فى الوقف هو الواقف ، وهو له أن يرتبهم كيف شاء ، لا حجر عليه فى شيء من ذلك حتى لو جعل الابن مستحقا قبل الأب والأب مستحقا بعده لكان صحيحاً سائغاً لا لوم فيه ، فإذاً يتعين اعتبار ترتيبه والطبقة التى أنتجها ذلك الترتيب .

ألا ترى أن الواقف لو وقف على أولاده هم زيد وعمرو وبكر وعلى ، ابن زيد ابنه هو محمد بالسوية ثم من بعد كل منهم على أولاده وهكذا إلى آخر الترتيب لكان محمد بن زيد فى طبقة أبيه حتى لو مات عمه عمرو لشارك محمد فى نصيب عمه ، والميت أباه زيداً عند شرط الواقف انتقال نصيب من يموت لا عن ذرية إلى من فى طبقته ، لأن محمداً وأباه زيداً فى طبقة عمرو المتوفى ، لأن الواقف وقف عليهم ابتداء ولكان محمد فى طبقة أولاد زيد أبيه أيضاً ، حيث إن الواقف جعلها طبقته أيضاً بقوله : ثم من بعد كل منهم على أولاده ،ومحمد من أولاد زيد قطعا فيشاركهم فى نصيب أبيهم زيد ، ولا يمنعه من مشاركتهم فيه استحقاقه مثل نصيب أبيه ، لأن الواقف لم يعتبره مانعاً ، فلو مات زيد المذكور عن أولاد منهم محمد السالف الذكر ومات منهم واحد لا عن ذرية فإن محمداً يشترك مع باقيهم فى نصيب الميت سواء شرط الواقف الانتقال للإخوة أو لمن فى الطبقة ، وهذا أمر لا شبهة فيه مشحونة به كتب الفروع فى باب الأوقاف . وإذاً يكون لمحمد طبقتان ، وهذا إنما جاء من جعل الواقف ليس إلا ، فإذاً يكون المعتبر هو الطبقة الجعلية لا النسبية .

(وأما السادس) فإنه لا يلزم على تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق فى نصيب من مات من إخوة أصله عند اشتراط الانتقال للإخوة ، أو فى نصيب من مات من طبقة أصله عند الاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة تجوز أصلا لا فى لفظ الإخوة ولا فى لفظ الطبقة فضلا عن الجمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المجاز .

(أما الأول) وهو لفظ الإخوة فلأن فرع من مات قبل الاستحقاق لم يأخذ بادىء بدء باعتبار أنه فرع المتوفى قبله ، أى قبل الاستحقاق ، وهو بهذا الاعتبار ليس موصوفاً بالأخوة ، فيلزم على إدخاله فى لفظ الإخوة التجوز فيه ، بل الذى قسم عليه ابتداء هو الميت قبل الاستحقاق بعد تقدير وجوده ليتوصل بذلك إلى إعطاء مايصيبه بالقسمة لفرعه،فلا ينافيه أن الميت ليس بأهل للاستحقاق ، لأن ذلك فيما إذا كان مقصوداً بالقسمة لذاته . أما القسمة عليه ليتوصل بها إلى نقل ما يصيبه إلى غيره فلا أهليته للاستحقاق . وسنبين لك ذلك فى الوجه السابع إن شاء الله تعالى .

وهو بعد تقديره موجوداً أخ حقيقة ، فاستعمال لفظ الأخوة فيه حقيقة ، لأنه لا يشترط فى استعمال لفظ لأخ حقيقة أن يكون ما صدقه موجوداً بالفعل ، بل ولا بالتقدير ، والا لزم أن يكون لفظ الإخوة فى كلام كل واقف مجازاً أو فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المجاز لتناوله ما لم يوجد بالفعل ، ولم يخطر على البال حتى يقدر ، ولا قائل به .

وبعد القسمة على الميت قبل الاستحقاق بصفة أنه أخ ينتقل ما يصيبه إلى فرعه فلا مجاز أصلا فى لفظ الاخوة ، فضلا عن كونه جمعاً بين الحقيقة والمجاز ، أو من عموم المجاز ، وتقدير وجود الميت قبل الاستحقاق فى شرط من مات قبل الاستحقاق متعين هنا عملا بقول الواقف أن لو كان حيا باقياً لاستحقه ، فإنه نص صريح على تقدير وجوده ، ولولاه لتعطل بلا موجب وكون لفظ استعمال الإخوة فيه بعد تقديره موجوداً حقيقة مما لا شبهة فيه .

(وأما الثانى) وهو لفظ الطبقة فإن لفظ الطبقة فى اصطلاح الواقفين معناه المرتبة باعتبار ترتيب الواقف وجعله كما علمت،وفرع من قبل الاستحقاق جعله الواقف فى المرتبة التى فيها أصله بقوله:قام مقامه فى الدرجة والاستحقاق أو قام مقامه فى الاستحقاق بدون لفظ الدرجة ، فقد جعله بهذا الشرط من أهل مرتبة أصله قطعاً ، فإطلاق لفظ الطبقة على ما يتناوله حقيقة فى اصطلاح الواقفين بلا شبهة ، فلا تجوز فى لفظ الطبقة أصلا ، فضلا عن عموم المجاز أو الجمع بينه وبين الحقيقة ، ومن هذا تعلم أن لا تعارض بين شرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه فى درجته واستحقاقه ، وبين شرط الانتقال للإخوة أو لمن فى الطبقة ، حتى يحتاج إلى تكلف الجمع بينهما أو التخصيص أو غيره وإن لم يتنبه له الكثير من الأفاضل ، فكن مع الحق حيثما كان .

(وأما السابع) فاعلم أن تقدير الميت موجوداً فى الوقاف والقسمة عليه ليس أمراً يمكن الإغماض عنه فى الأوقاف ، بل هو أمر واقع فيها كثيراً وتلجىء إليه الضرورة فى كثير من أحوال الأوقاف .

(من ذلك) ما إذا انقرضت طبقة من طبقاتها وآل الاستحقاق إلى الطبقة التالية لها ، وكان فى الطبقة التالية أحياء وأموات لهم ذرية ، وكان شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى ولده أو ولد ولده وإن سفل وكان موت من مات من الطبقة التالية بعد أن استحق بهذا الشرط كما استحق ولده به أيضاً فانتقض القسمة بانقراض آخر واحد من أهل الطبقة المنقرضة، ونجمع جميع ما بأيدى المستحقين ونقسمه قسمة مبتدأة على أهل الطبقة التالية للمنقرضة أحياء وأمواتاً ، فما أصاب الأحياء أخذوه وما أصاب الأموات أعطى إلى فروعهم مع أن الأموات ليسوا موجودين ولا من أهل الاستحقاق قطعا عند نقض القسمة ، والقسمة على الطبقة التالية للمنقرضة ، وإنما نقدر وجودهم ونقسم عليهم لنتوصل بذلك إلى إعطاء ما يصيبهم لفروعهم ولا ينافيه أنهم ليسوا من أهل الاستحقاق عند القسمة كما علمت ، ولولا ذلك لم يستحق فرع من مات من الطبقة التالية لأنه ليس من أهلها .

(ومن ذلك) ما إذا وقف على أبنائه لصلبه ثم على أولادهم ذكوراً وإناثاً ثم وثم إلى آخره ، وشرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومات ابن من أولاد الواقف لصلبه فى حياة الواقف عن بنت ثم مات الواقف ، فإن هذه البنت تأخذ ما يصيب أباها عند موت الواقف بالقسمة على أولاده الذين منهم أبوها الميت قبل الاستحقاق، وليس ذلك إلا لتقدير أبيها موجوداً ، والقسمة عليه معهم ، ونقل ما يصيبه بالقسمة إليها ، ولا سبيل لاستحقاقها إلا بذلك ، لأنه لا يمكن جعلها ابناً صلبياً ولا بالمجاز فيه لبعده ، إذ ليس كل مجاز مقبولا عند الفقهاء فتعين أن يكون استحقاقها بالتقدير المذكور واستحقاقها مما لا شبهة فيه .

(ومن ذلك) ما لو وقف الواقف على إخوته ابتداء أو بعد انقراض ذريته ثم على أولادهم ثم وثم وشرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق إلى آخر الشروط فمات أخ للواقف قبل أيلولة الوقف للإخوة عن ابن فانه لا نزاع فى استحقاق هذا الولد ، وقيامه مقام أبيه فى نصيبه الأصلى الذى هو أخ مع أنه ليس موصوفاً بالإخوة ، ولفظ الإخوة هنا هو لفظ الإخوة بعينه فى المحل المختلف فيه وجل من لا يغفل .

(وأما الثامن) فلا يلزم من تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق فى نصيب من يموت من إخوة أصله أو من أهل طبقته لا عن ذرية مخالفة لغرض الواقف ، لأن غرض الواقف الذى يعول عليه وتجتنب مخالفته إما أن يكون مؤيدا بلفظ أو عقل أو حس أو عادة أو زيادة بعض الأفراد أو نقصه ولا سبيل إلى واحد منها ، أما اللفظ فظاهر لأنه ليس فى لفظ الواقف، من أوله إلى آخره ما يدل على المنع من التشريك المذكور إلا ما يتوهم من لفظ الإخوة ، وقد علمت أنه لا يمنع .

وأما العقل أو الحس أو الزيادة فى بعض الأفراد أو النقص فكذلك لعدم تحقق واحد منها فيما نحن فيه من عبارات الواقفين ، بل مقطوع بعدمه فلم يبق إلا العادة ، وقد جنح إليها المستدل بقوله المعروف المألوف إلحاقه إلى آخره ، وهو وهم ، فان العادة التى تخصص العام هى العادة التى إذا

أطلق العام لا يفهم منه السامع إلا المعنى المخصوص الذى وقع الاعتياد عليه بحيث يفهم كل سامع للعام أن عمومه غير مراد ، بل المراد منه إنما هو الخاص كما سبق فيمن حلف لا يأكل رأساً فيصير المعنى المخصوص كأنه هو المعنى العرفى للعام ، لأنه يتعين حمل كلام كل متكلم على عرفه ، ولو خالف المعنى اللغوى ، ولم يوجد عادة تجعل الألفاظ العامة فى كلام الواقفين فى شرط من مات قبل الاستحقاق محمولة على القيام مقامه ، وما كان يستحقه فى النصيب الأصلى بحيث تجعل النصيب الأصلى كأنه هو المعنى العرفى لتلك الألفاظ العامة ، بل العادة قاضية ببقاء تلك الألفاظ العامة على عمومها . فإنا نرى الجد يعتبر ولد ولده الذى مات كوالده فى كل أحواله ، بل ربما حملته شفقته على حظوته به أكثر من أولاده ، ولو قلنا بعدم عموم هذه العادة لكل الناس ، فهى مشتركة ، وبها تنتفى العادة المخصصة ، وإلا لما وقع هذا الاختلاف فى معنى العبارة ، وكيف تكون مخصصة مع ظنيتها وقطيعة العام ، ودعوى أن الغرض حرمان فرع من مات قبل الاستحقاق وإلحاقه بابن من مات بعده تشبيها له به دعوى خالية عن الدليل زخرفها ذلك المتكلم ، بل ليس لها واقع تنطبق عليه إذ الالحاق والتشبيه المذكوران مما لا تشم لهما رائحة من عبارات الواقفين ولا من عوائدهم .

وزيادة فرع من مات قبل الاستحقاق على ابن مات بعده لا محظور فيها لعدم المانع منها فى عبارة الواقف ، وهو الذى يفيد الاستحقاق بلا حجر ، خصوصاً وهذه الزيادة ليست من لوازم شرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه وإنما تأتى بحكم الصدفة فى بعض الحوادث لجواز موت كل أولاد الواقف بعد الاستحقاق عن ذرية وجواز موت فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه وإنما تأتى بحكم الصدفة فى بعض الحوادث لجواز موت كل أولاد الواقف بعد الاستحقاق عن ذرية ، وجواز موت فرع من مات قبل الاستحقاق لا عن ذرية قبل أن يستحق أو بعد أن استحق قبل اخوة أبيه أو من فى طبقته ، ولو حصل ذلك لما وجدت زيادة فرع من مات قبل الاستحقاق على فرع من مات بعده .

إذا علمت ذلك تعلم أن قول الواقف على أن من مات عن ولد أو أسفل انتقل نصيبه إليه إلى آخر الشرط ، هو لمن مات بعد الاستحقاق للتعبير فيه بالنصيب ، وهو المستحق بالفعل ، وتعلم أن الطبقة الجعلية فى الأوقاف هى المعتبرة اتفاقاً من الحنفية ومن الشافعية ، وما نسبه بعض أفاضل الحنفية إلى الإمام السبكى أخذاً من جوابه عن حادثة ملكة وعبد الرحمن غير صحيح لما علمت من أن مداره على التعبير بلفظ : (ومن مات من أهل الوقف الخ) وهو يشمل محمداً المتوفى قبل الاستحقاق على ما ذهب إليه السبكى فى معناه ، فلا يكون الشرط متناولا لأولاده حتى يرتقوا به إلى طبقة أبيهم ، والعجب من ابن عابدين كيف غفل عن هذا مع نقله جوابيه عن الحادثتين المذكورتين أولا بلا فاصل بينهما ، وتعلم أيضاً أن تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق لا يلزم عليه تجوز أصلا فى لفظ الإخوة ولا فى لفظ الطبقة لما سبق من أن القسمة على من مات قبل الاستحقاق باعتبار أنه أخ قدر وجوده لا على فرعه الذى تحتاج إليه وصفه بالإخوة مجازاً ، وأما لفظ الطبقة فهو مستعمل فى حقيقته ، وتعلم أنه يتعين إعطاء فرع من مات قبل الاستحقاق كل ما كان يعطى لأصله لو كان باقيا على قيد الحياة عند أيلولة ذلك إليه ، عملا بعموم شرط من مات قبل الاستحقاق لما علمت من أنه متأخر وليس بينه وبين من مات بعد الاستحقاق تعارض مطلقاً سواء كان الشرط للإخوة أو لمن فى الطبقة ، ولما علمت من أنه لا يلزم عليه تجوز مطلقاً ولا جمع بين الحقيقة والمجاز ، ولا ينافيه غرض الواقف لما سبق .

وقول القائل : إن لفظ الطبقة محمول على الحقيقة دون المجاز مسلّم وقوله لئلا يلزم الجمع بين المتضادين وإعطاء الشخص فى موضع . الخ ممنوع ، لأنا لا نعطى نصيبه أهل طبقته ، وأهل طبقة أبيه معاً كما نعطيه منهما عملا بصريح كلام الواقف ، لأن ارتقاءه إلى طبقة أبيه بالشرط لا يبطل طبقته التى جعلها له الواقف بأول ترتيبه ، ولا بدع فى كونه ذا طبقتين بعد جعل الواقف له ذلك ، ولا حجر عليه فيه كما سبق ، واستعمال لفظ الطبقة فيهما حقيقة لما علمت فلا يلزم عليه مجاز ولا جمع بين الحقيقة والمجاز ، وكيف يتوهم أن بينهما تعارضاً مع أنهم نصوا على أن قول الواقف على

أن الخ من باب الشرط وقد نص علماء الحنفية على الشرط يرجع لجميع ما قبله كما نصوا على الشرط من باب الاستثناء وأن الاستثناء يرجع لجميع ما قبله وهو استثناء منه ، فكأن الواقف قال فى كل حكم يخالف حكم شرط من مات قبل الاستحقاق سابق عليه إلا إذا كان هناك فرع من مات قبل الاستحقاق ، فإنه يشارك ويأخذ ما كان يأخذه أصله ، وتوهم المعارضة بين المستثنى والمستثنى منه فى غاية الشناعة إذ لو قال الواقف فلإخوته وأخواته إلا إذا كان هناك فرع من مات قبل الاستحقاق ، فانه يشاركهم ويأخذ ما كان يأخذه أصله لو كان حيا لما خطر على البال توهم المعارضة ، وسبحان من لا يغفل ، ولو سلم أن بينهما معارضة فلا يصح تخصيص العام فراراً من التجوز ، بل يتعين العكس ، ويجعل العموم قرينة على التجوز نظراً لكثرة دوران المجاز وقطعية العام ، ولو سلم التعارض وتكافؤ التجوز والتخصيص ، فلا يسلم جواز تخصيص العام فراراً من التجوز فى الخاص ، لأن الخاص إن لم يحمل على المجاز يتعين نسخه بالعام نظراً لتأخره وقطعيته فى عمومه كما نص عليه الحنفية .

قول المستدل غرض الواقف أن من مات قبل الاستحقاق الخ ممنوع ، لأنه لا دليل عليه لا من اللفظ ولا من العادة ، والغرض لا يعتبر إذا لم يساعد عليه اللفظ أو غيره مما سبق ، بل صريح كلام الواقف من عموم مثا ومقام ينادى بابطاله ، وكذلك قوله : ولو قلنا بخلاف ذلك لزم أن نثبت للمشبه الخ ، فإن هذا التشبيه جاء فى كلام ذلك المتكلم لا من عبارة الواقف ، فإن عبارة الواقف بريئة من هذا التشبيه والإلحاق ، وقوله المعروف المألوف الحاقه به . الخ ، قد علمت ما فيه ، وقوله : إن غرض الواقف يصلح مخصصاً قلنا : نعم إذا ثبت ولم يخالفه اللفظ وهو لم يثبت، وصريح اللفظ يخالفه ، وتعلم أنه لا يصح خلاف مطلقاً بين الحنفية وحدهم، ولا بينهم وبين الشافعية فى إعطاء فرع من مات قبل الاستحقاق كل ما كان يؤول لأصله لو بقى حيا من إخوته أو ممن فى طبقته لما سبق من عدم التعارض بين الشرطين ، ومنشأ الخلاف هو التعارض ، وتقديم الخاص على العام أو عدمه على ما تبين لك .

ومن هنا تعلم ترجيح ما أفتى به السيوطى من إعطائه كل ما كان يؤول لأصله لو كان حيا على ما أفتى به السبكى فيما سبق ، وبتسليم التعارض فلا يصح الخلاف بين الحنفية أيضاً لقولهم : إن الشرط يرجع لجميع ما قبله وأنه بمنزلة الاستثناء ، وقولهم بنسخ العام للخاص عند العلم بتأخر العام عن الخاص كل ذلك بلا خلاف بينهم ، وبذلك تعلم أن استناد من أفتى من علماء الحنفية بمنع فرع من مات أصله قبل الاستحقاق من مشاركة إخوة أصله أو من فى طبقته على بعض فتاوى علماء الشافعية خطأ قطعاً لاختلاف مبنى المذهبين فى الأصول ، ولا يصح للحنفى الاعتداد بمثل هذا الخلاف فى مذهبه لأن خلاف المذاهب المخالفين له فى الأصول المبنى عليه الخلاف فى الفروع لا يعتبر خلافاً عنده يصح التعويل عليه ولا تكثير المخالفين به .

والعجب من ابن عابدين فى نسبته القول بالمنع إلى جمهور العلماء من المذاهب الأربعة ، مع أن عددهم لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة فى كل مذهب ، وهم لا يقاومون أعيان الفقهاء وفقهاء الأعيان الذين أفتوا بالاعطاء دون الحرمان ، وإذا تبين لك هذا تعلم أن القضاء بمنع فرع من مات أصله قبل الاستحقاق المشروط قيامه مقامه فى الدرجة والاستحقاق واستحقاقه ما كان يستحقه أصله لو كان حيا من مشاركته فى نصيب من يموت لا عن ذرية من إخوة أصله أو من فى طبقة أصله قضاء بما يخالف صريح شرط الواقف والقضاء بما خالف شرط الواقف قضاء مخالف للنص ، فيجب نقضه عند الحنفية سواء كان نص الواقف فيه نصا صريحاً أو ظاهراً كما صرح به فى البحر وغيره والله أعلم وهو يقول الحق وهو يهدى السبيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وقف على اقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فان كان للواقف أب يعرف به وينسب اليه دخل فى وقفه كل من ينسب الى ذلك الأب ، ولا يدخل فيه من ينسب الى اخى الأب او ابيه ، فان وقف الشافعى رحمه الله لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب ، لأنهم

يعرفون بقرابته ، ولا يدخل فيه من ينسب الى على وعباس بن السائب ، ولا من ينسب الى السائب ، لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعد من اقاربه ، ويستوى فيه الذكر والأنثى لتساوى الجميع فى القرابة ، فان حدث قريب بعد الوقف دخل فيه . وذكر البويطى انه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطى لأنه لا خلاف انه اذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من اولاده .

فصل وان وقف على أقرب الناس اليه ولم يكن له أبوان صرف الى الولد ذكراً كان أو انثى لأنه اقرب من غيره ، لأنه جزء منه ، فان لم يكن له ولد فالى ولد الولد من البنين والبنات ، فان لم يكن ولد ولا ولد ولد ، وله احد الأبوين صرف اليه لأنهما اقرب من غيرهما ، فان اجتمعا استويا ، فان لم يكونا صرف الى ابيهما الأقرب فالأقرب ، فان كان له أب وابن ففيه وجهان:

(احدهما) انهما سواء لأنهما فى درجة واحدة فى القرب .

(والثانى) يقدم الابن لأنه اقوى تعصيبا من الأب ، فان قلنا : انهما سواء قدم الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه ، وان قلنا : يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب لأنه اقوى تعصيبا منه ، فان لم يكن ابوان ولا ولد وله اخوة صرف اليهم لأنهم أقرب من غيرهم ، فان اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا ، وان كان احدهما من الأب والأم ، والآخر من احدهما ، قدم الذى من الأب والأم ، لأنه اقرب ، فان لم يكن اخوة صرف الى بنى الاخوة على ترتيب آبائهم ، فان كان له جد وأخ ففيه قولان :

(احدهما) انهما سواء لتساويهما فى القرب ، ولهذا سوينا بينهما فى الأرث .

(والثانى) يقدم الأخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد ، فاذا قلنا : انهما سواء قدم الجد على ابن الأخ ، وان قلنا : يقدم الأخ فابن الأخ وان سفل أولى من الجد ، فان لم يكن اخوة وله أعمام صرف اليهم ثم الى اولادهم على ترتيب الاخوة وأولادهم ، فان كان له عم وابو جد فعلى القولين فى الجد والأخ ، وان كان له عم وخال او عمة وخالة او ولدهما فهما سواء ، فان كان له جدتان احداهما تدلى بقرابتين والأخرى بقرابة ، فالتى تدلى بقرابتين أولى لانهاأقرب، ومن اصحابنا من قال ان قلنا : ان السدس بينهما فى الميراث استويا فى الوقف .

فصل وان وقف على جماعة من اقرب الناس اليه صرف الى ثلاثة من اقرب الاقارب ، فان وجد بعض الثلاثة فى درجة والباقى فى درجة ابعد ،

استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب وتمم الباقى من الدرجة الأبعد ، لأنه شرط الأقرب والعدد ، فوجب اعتبارهما .

فصـــل **وان وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل ، ففيه ثلاثة أوجه .**

(احدها) يصرف اليهما لان الاسم يتناولهما .

(والثانى) يصرف الى المولى من أعلى ، لأن له مزية بالعتق والتعصيب .

(والثالث) أن الوقف باطل لأنه ليس حمله على احدهما باولى من حمله على الآخر ، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى فى احدهما بمعنى ، وفى الآخر بمعنى آخر ، فلا تصح ارادتهما بلفظ واحد فبطل) .

الشرح الأحكام : الوقف على الأقارب من القرب إلى الله تعالى ، يتألف من صلة الرحم والإحسان والبر ، فقد أخرج البخارى ومسلم وأحمد عن أنس أن أبا طلحة قال « يا رسول الله إن الله يقول : لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ، وإن أموالى بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها وذخـرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله فقال : بخ بخ ، ذلك مال رابح مرتين وقد سمعت : أرى أن تجعلها فى الأقربين ، فقال أبو طلحة : أفعـل يا رسول الله : فقسمها أبو طلحة فى أقاربه وبنى عمه » .

وفى رواية عند أحمد ومسلم « لما نزلت هذه الآية : (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) [1] قال أبو طلحة : يارسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى جعلت أرضى بيرحاء لله ، فقال : اجعلها فى قرابتك ، قال فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى بن كعب » .

وللبخارى معناه وقال فيه « اجعلها لفقراء قرابتك » .

قال محمد بن عبد الله الأنصارى : أبو طلحة زيد بن سهل بن الأسـود ابن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدى بن عمرو بن مالك بن النجـار .

---

(١) الآية ٩٢ من سورة آل عمران

وحسان بن ثابت بن المنذر بن حرام يجتمعان إلى حرام ، وهو الأب الثالث . وأبى بن كعب بن قيس بن عتيك بن زيد بن معاوية بن عمرو ابن مالك بن النجار ، فعمرو يجمع حسانا وأبا طلحة وأبياً ، وبين أبى وأبى طلحة ستة آباء .

وأخرج الشيخان عن أبى هريرة واللفظ لمسلم « لما نزلت هذه الآية : وأنذر عشيرتك الأقربين ، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فاجتمعوا فعم وخص فقال : « يا بنى كعب بن لؤى انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى مرة بن كعب انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد شمس انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد مناف انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى هاشم انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد المطلب أنقذوا أنفسكم من النار ، يا فاطمة انقذى نفسك من النار فإنى لا أملك لكم من الله شيئاً غير أن لكم رحماً سأبلها ببلالها » .

وفى هذا دليل على أن كل من ناداهم النبى صلى الله عليه وسلم يطلق عليهم لفظ الأقربين ، لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ممتثلا لقوله تعالى: « وأنذر عشيرتك الأقربين » [1] وهو دليل على صحة ما ذهب اليه الشافعى رضى الله عنه من دخول النساء لذكره فاطمة ، ودخول الكفار .

فرع فى مذاهب العلماء .

وقد اختلف العلماء فى الأقارب ، فقال أبو حنيفة : القرابة كل ذى رحم محرم من قبل الأب أو الأم ، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم . وقال أبو يوسف ومحمد : من جمعهم أب منذ الهجرة من قبل آب وآم من تفصيل زاد زفر ويقدم من قرب . وهو رواية عن أبى حنيفة ، وأقل من يدفع له ثلاثة ، وعند محمد اثنان وعند أبى يوسف واحد ، ولا يصرف للأغنياء عندهم إلا إن شرط ذلك .

---

(١) الآية ٢١٤ من سورة الشعراء .

وقال أصحابنا : القريب من اجتمع سواء قرب أم بعد ، مسلما كان أو كافرا ، غنياً أو فقيراً ، ذكراً أو أنثى ، وارثاً أو غير وارث محرما أو غير محرم. واختلفوا فى الأصول والفروع على وجهين . وقالوا : إن وجد جمع محصورون أكثر من ثلاثة استوعبوا .وقيل يقتصر على ثلاثة وإن كانوا غير محصورين . فنقل عن الطحاوى الاتفاق على البطلان .

قال الحافظ ابن حجر : وفيه نظر ، لأن الشافعية عندهم وجه بالجواز ، ويصرف منهم لثلاثة ولا يجب التسوية . وقال أحمد فى القرابة كالشافعى إلا أنه أخرج الكافر ، وفى رواية عنه : القرابة كل من جمعه ، والموصى الأب الرابع إلى ما هو أسفل منه ، وقال مالك : يختص بالعصبة سواء كان يرثه أو لا ، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ، ثم يعطى الأغنياء .

وقد تمسك برواية «فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى بن كعب» من قال : أقل من يعطى من الأقارب إذا لم يكونوا منحصرين اثنان ، وفيه نظر لأنه وقع فى رواية للبخارى فجعلها أبو طلحة فى ذوى رحمه ، وكان منهم حسان وأبى بن كعب ، فدل ذلك على أنه أعطى غيرهما معهما .

وفى مرسل أبى بكر بن حزم : « فرده على أقاربه أبى بن كعب وحسان ابن ثابت وأخيه وابن أخيه شداد بن أوس ونبيط بن جابر ، فتقاوموه فباع حسان حصته من معاوية بمائة ألف درهم » .

اذا ثبت هذا فإنه إذا وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته منتسبا إلى أبيه ، ولا يدخل فيه كل من ينسب إلى عمه ، فاذا وقف الشافعى رحمه الله تعالى لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب لأنه أبو عبد الله بن محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب ابن عبد الله بن يزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصى القرشى، وقد أعقب السائب بن عبد الله شافعا وعليا وعباسا ، ومن ثم فإن أبناءهم لا يدخلون فى وقف الشافعى لأقاربه فإن أعقبوا بعد الوقف دخل عقبهم مثلهم أيضاً ، ولا خلاف أن ما يحدث من أولادهم بعد استحقاقهم يدخل معهم فى الاستحقاق خلافا للبويطى .

فإن وقف لأقاربه وكان له أولاد قدموا على غيرهم ثم على أولادهم . وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف . وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابنى أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم إن مات أحد ابنى الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف .

وإن مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابنى أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا ، فإذا مات أبوهما فنصيبه لهما ، فاذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالسوية إن لم يخلف ولداً ، وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابنى عمه النصف لكل واحد الربع .

وإن قال : من مات منهم من غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو فى درجته ، فإن كان الواقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذى هو منه . وإن كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم فى استحقاق الوقف سواء فكانوا فى درجته من هذه الجهة . وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من هو فى درجته ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه ، سواء كان من بطن واحد أو من بطون ، وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف أو اختلفت لما ذكرنا .

(والثانى) أن يكون لأهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحى ، فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه .

(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف ، فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه ، فان كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم .

وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ، ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذى صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفاً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم ، وعلى هذا ذكر أصحاب أحمد أن المقصود بالوقف هو التأبيد ، وانما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الخرقى منهم أن يصرف إليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون قوله متفقا مع قول أبى يوسف .

والرواية الثانية عن أحمد يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ، ودون البعيد من العصبات فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً .

ونازله فى هذا ابن قدامة فى مغنيه وقال : لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة والأولى صرفه إلى المساكين وفى نزاعه نظر .

(فرع) وإن وقف على مواليه وله موال من أعلا وموال من أسفل بمعنى أن له عتقاء وهؤلاء موال من أسفل وله معتقون فيكون مواليه من أعلا فهذا يرجع إلى قاعدة أصولية هل المشترك يعم أم لا ؟ وقد قال الأحناف : المشترك لا يعم الا اذا كان مصحوبا بنفى فيعم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقــراء فمات زيد صرف الى من بقى من أهل الوقف ، فاذا انقرضوا صرف الى الفقراء ، وقال ابو على الطبرى : يرجع الى الفقراء ، لأنه لما جعل لهم اذا انقرضوا ، وجب ان تكون حصة كل واحد منهم لهم اذا انقرض ، والمنصوص فى حرملة هو الأول لأنه لا يمكن نقله الى الفقراء ، لأنه قبــل انقراضهم لم يوجد شرط النقل الى الفقراء ، ولا يمكن رده الى الواقف ، لأنه ازال ملكه عنه ، فكان أهل الوقف احق به .

فصـــل وان وقف مسجداً فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه ، لم يعد الى الملك ، ولم يجز له التصرف فيه ، لأن مازال الملك فيــه لحــق الله تعالى ، لا يعود الى الملك بالاختلال ، كما لو أعتق عبداً ثم زمن ، وان وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعا على مسجد فتكسرت ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز بيعه لما ذكرناه فى المسجد .

(والثانى) يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته ، فكان بيعــه أولى من تركه بخلاف المسجد ، فان المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه ، فان قلنا : تباع كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى توجد من متلف الوقف ، وقد بيناه ، وان وقف شيئا على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع ، ولا يصرف الى غيره لجواز ان يرجع كما كان .

فصـــل وان احتاج الوقف الى نفقة ، انفق عليــه من حيث شرط الواقف ، لأنه لما اعتبر شرطه فى سبيله اعتبر شرطه فى نفقته كالمالك فى امواله ، وان لم يشترط ، انفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به الا بالنفقــة ، فحمل الوقف عليه ، وان لم يكن له غلة فهو على القولين ان قلنا : انه لله تعالى كانت نفقته فى بيت المال ، كالحر المعسر الذى لا كسب له ، وان قلنا : للموقوف عليه كانت نفقته عليه .

فصـــل والنظر فى الوقف الى من شرطه الواقف ، لان الصحابة رضى الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر ((فجعل عمر رضى الله عنه الى حفصة رضى الله عنها ، واذا توفيت فانه الى ذوى الرأى من أهلها)) ولأن سبيله الى شرطه فكان النظر الى من شرطه .

وان وقف ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) أنه الى الواقف لانه كان النظر اليه ، فاذا لم يشرطه بقى على نظره .

(والثانى) أنه للموقوف عليه ، لان الغلة له فكان النظر اليه .

(والثالث) الى الحاكم لانه يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل اليه ، فكان الحاكم اولى . فان جعل الواقف النظر الى اثنين من افاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل الا واحد ضم الحاكم اليه آخر ، لان الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

فصل **اذا اختلف ارباب الوقف فى شروط الوقف وسبيله ، ولا بينة ، جعل بينهم بالسوية ، فان كان الواقف حيا رجع الى قوله ، لانه ثبت بقوله فرجع اليه) .**

الشرح بعض هذه الفصول مضى ذكر أحكامها .

أما المسجد فإنه إذا انهدم وتعذرت إعادته فإنه لا يباع بحال لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة فى أرضه ، وبهذا قال مالك رضى الله عنه . وقال الرملى : وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه . نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ ليعمر به مسجد آخر إن رأى الحاكم ذلك ، وإن توقع عوده حفظ له ، وإلا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف اليه ، والا فمنقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين .

أما غير المتهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشترى به عقار ويوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها لأنه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه .

ولو وقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع فى الغرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو آجرها كذلك ، وقد أفتى البلقينى فى أرض موقوفة لتزرع حناء فآجرها لتغرس كرماً ، فإن قوله لتزرع حناء متضمن لاشتراط

أن لا يزرع غيره لأن من المعلوم أنه يغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى المنطوق، على أن الفرض فى مسألتنا أن لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه ، ومسألة البلقينى ليس فيها ضرورة فاحتاج إلى التقييد .

وقال أصحاب أحمد : إذا تعطلت منافع الوقف كدار انهدمت أو أرض عادت مواتاً أو مسجد انصرف أهل القرية عنه وصار فى موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه ، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه ، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشىء منه بيع جميعه .

وقال أحمد فى رواية أبى داود صاحب السنن : إذا كان فى المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه ، وقال فى رواية صالح : يحول المسجد خوفا من اللصوص ، وإذا كان موضعه قذراً ، يعنى إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ، ونص فى رواية عبد الله على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام . وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع إنما تنقل آلتها . وقال محمد بن الحسن : إذا خرب المسجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه ، لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة ، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث » ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق ، والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق .

فائدة لا يصح عندنا وقف لأجل نقش مسجد أو زخرفته ، أما دهانه وملاطه وتجصيصه فجائز ، لقول عمر رضى الله عنه « آكن الناس من المطر وإياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس » أفاده الشمس الرملى فى النهاية .

فرع إذا كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه ، وأطلق أو قال : كيف شاء ،

فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضى له عليها حاجة فلا ينافى ذلك ما قيل فى الإعارة والإجارة وما قيدناه به .

ثم إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع كبقية شروطه ، لما روى أن عمر رضى الله عنه ولى أمر صدقته لحفصة ما عاشت ثم لأولى الرأى من أهلها ، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه ما لم يشرط له شيء من ريع الوقف ، ودعوى السبكى أنه بالإباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد ، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط إلا أن يشترط نظره حال الوقف ، فلا ينعزل بعزل نفسه على الراجح خلافاً لمن زعم خلافه .

قال الرملى : نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه ، فلو أراد العود ولم يحتج إلى تولية جديدة ، فإذا لم يشرط الواقف النظر لأحد فالنظر للقاضى الموجود ببلد الموقوف عليه كما مر نظيره فى مال اليتيم ، إذا نظره عام فهو أولى من غيره ، ولو كان واقفاً أو موقوفا عليه . وما جزم به الماوردى من ثبوته للواقف بلا شرط فى مسجد المحلة ، والخوارزمى فى سائر المساجد ، وزاد أن ذريته مثله مردود . هكذا أفاده الرملى .

وشرط الناظر العدالة الباطنة مطلقا كما رجحه الأذرعى خلافا لاكتفاء السبكى بالعدالة الظاهرة ، ومن ثم ينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره بخلاف الكذب الذى يمكن أن يكون معذوراً فيه .

وسواء فى الناظر أكان هو الواقف أم غيره ، ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم ، كما تشترط الكفاية لما تولاه من نظر عام أو خاص وهى الاهتداء إلى التصرف الذى فوض له قياساً على الوصى والقيم ، لأنها ولاية على غيره ، وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم ، هكذا رجحه السبكى وقد أفتى النووى بعدم عود النظر بعود الأهلية ما لم يكن نظره بشرط الواقف ، لقوته بالشرط ، إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به ، وعارض فقد الأهلية مانع من تصرفه لا سالب لولايته ، ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته فى مكان ثبتت فى بقية الأماكن من حيث الأمانة

لا من حيث الكفاية إلا أن يثبت أهليته فى سائر الأوقاف كما قرره ابن الصلاح .

ووظيفة الناظر حفظ الأصول وثمرتها على وجه الاحتياط كولى اليتيم ، كما يتولى الإجارة والعمارة والاقتراض على الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذن له فيه الحاكم كما فى الروضة وغيرها ، خلافا للبلقينى . سواء فى ذلك مال نفسه وغيره ، كما أنه منوط به تحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها ، ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف ، ويجوز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين لشبهه بالزكاة المعجلة ، ولو كان له وظيفة فاستناب فيها فالأجرة عليه لا على الوقف وقال الأذرعى : إن الذى نعتقده أن الحاكم لا نظر له معه ولا تصرف ، بل نظره معه نظر إحاطة ورعاية .

فإن فوض الواقف اليه بعض هذه الأمور لم يتعده اتباعا للشرط ، ويستحق الناظر ما شرط من الأجرة ، كما يجوز له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة قال العراقى فى تحريره : ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة إما قدر النفقة كما رجحه الرافعى أو الأقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووى ؛ وقد رجح بعض المتأخرين من أصحابنا أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجرة المثل ، وإن كان أكثر من النفقة ، وإنما اعتبرت النفقة هنا لوجوبها على فرعه سواء أكان وليا على ماله أم لا ، بخلاف الناظر ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب لحاكم آخر ، وإن جعله للأرشد من أولاده فالأرشد ، فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتركوا فى النظر بلا استقلال إن وجدت الأهلية فيهم ، لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البينات فيها ويبقى أصل الرشد ، ولو تغير حال الأرشد حين الاستحقاق فصار مفضولا انتقل النظر إلى من هو أرشد منه ، ويدخل فى الأرشد من أولاد أولاد الأرشد من أولاد البنات ، وللواقف عزل من ولاه نائبا عنه إن شرط النظر لنفسه ونصب غيره كالوكيل .

وأفتى النووى بأنه لو شرط النظر لإنسان ، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر ، لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر إليه

بعد موته . قال الرملى : وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التمليك ، وخالفهم السبكى فقال : بل كالتوكيل ، وأفتى السبكى بأن للناظر والواقف من جهته عزل المدرس ونحوه إن لم يكن مشروطا فى الوقف ولو لغير مصلحة ، وهو مردود بما فى الروضة للنووى أنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض الأجناد المثبتين فى الديوان بغير سبب ، فالناظر الخاص أولى ، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذى هو فرض ، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجه بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ، بل يرد بأن التدريس فرض أيضاً ، وكذلك قراءة القرآن، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكره من أن الربط به كالتلبيس به ، وإلا فشتان ما بينهما،ومن ثم اعتمد البلقينى أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ ، بل هو قادح فى نظره ، وفى شرح المنهاج فى الكلام على عزل القاضى بلا سبب ونفوذ العزل فى الأمر العام . أما الوظائف كأذان وإقامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أفتى به كثير من المتأخرين ، ومنهم ابن رزين فقال : من تولى تدريسا لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك ، قال الرملى : وهذا هو المعتمد .

وإذا قلنا : لا ينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده ؟ الفتوى أكثر المتأخرين بعدمه وقيده بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه ، وزيفه التاج السبكى بأنه لا حاصل له . ثم بحث أنه ينبغى وجوب بيان مستنده مطلقا أخذاً من قولهم : لا يقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين ، بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب وادعى الولى العراقى أن الحق التقييد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها ، فيجوز أن يختل وأن يظن ما ليس بقادح قادحا بخلاف من تمكن علماً وديناً زيادة على ما يعتبرون فى الناظر من تمييز ما يقدح وما لا يقدح ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

ولو طلب المستحقون من الواقف كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفاظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم وذلك أخذاً من إفتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان

يتعامل به حال الوقف ، زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا ، فان فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة إن لم يكن له مثل حينئذ وإلا وجب مثله .

وإذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة إجارة صحيحة فزادت الأجرة فى المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم ينفسخ العقد فى الأصح لوقوعه بالغبطة فى وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الأجرة بعد بيع أو إجارة مال المحجور . والثانى : تنفسخ إذا كان للزيادة وقع ، والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة ، وقد مر فى الاجارة أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز إيجاره بأقل من أجرة مثله وعليه فالأوجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن له فى ذلك .

وأفتى ابن الصلاح فيما إذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها أجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت أجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطؤهما لأن تقويم المنافع المستقبلة إنما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف ما لو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لم يوافق تقويمه الصواب ولو حكم حاكم بصحة إجارة وقف ، وأن الأجرة أجرة المثل ، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والإجارة .

فرع نفقة الوقف من حيث شرط الواقف لأنه لما اتبع شرطه فى سبيله وجب اتباع شرطه فى نفقته ، فإن لم يمكن فمن غلته ، لأن الواقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك إلا بالاتفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لأنه ملكه ، ويحتمل وجوبها فى بيت المال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الهبـــــات

الهبة مندوب اليها لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليــه وسلم قال : ((تهادوا تحابوا)) وللأقارب افضل لما روى عبد الله بن عمـــر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء ، الرحم شجنة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعــه الله)) وفى الهبــة صــلة الرحم ، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض فى الهبة لما روى النعمان بن بشير قال : ((اعطانى ابى عطية فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انى اعطيت ابنى عطية ، وان امه قالت لا أرضى حتى تشــهد رسـول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهل اعطيت كل ولدك مثل ذلك ؟ قال : لا ، فال رسول الله صلى الله عليه وســلم : اتقوا الله واعدلوا بين اولادكم ، اليس يسرك أن يكونوا فى البر سواء ؟ قال : بلى . قال : فلا اذاً)) .

قال الشافعى رحمه الله : ولأنه يقع فى نفس المفضول ما يمنعه من بره ، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضاً ما لا ينفس العدى ، فأن فضل بعضهم بعطية صحت العطية ، لما روى فى حديث النعمان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ((اشهد على هذا غيرى)) فلو لم يصح ، لبين له ولم يأمره أن يشهد عليــه غيره ، ولا يستنكف أن يهب القليل ، ولا أن ينهب القليل ، لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لو دعيت الى كراع لأجبت ؟ ولو اهدى الى كراع او ذراع لقبلت))) .

الشرح الحديث الأول أخرجه البخارى فى الأدب المفرد والبيهقى وابن طاهر فى مسند الشهاب من حديث محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبى هريرة عنــه صلى الله عليــه وسلم ((تهادوا تحابوا)) قال الحافظ ابن حجر وإسناده حسن ، وقد اختلف فيه على ضمام قال الذهبى : لينه بعضهم بلا حجة . وقال أحمد بن حنبل : صالح الحديث.

وسرد له ابن عدى فى كامله أحاديث حسنة ، ولما كان ضمام ختن أبى قبيل على ابنته فقد اختلف عليه ، فقيل عنه : عن أبى قبيل عن عبد الله بن عمر . أورده ابن طاهر ورواه فى مسند الشهاب من حديث عائشة بلفظ « تهادوا تزدادوا حباً » وفى إسناده محمد بن سليمان . قال ابن طاهر : لا أعرفه ، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية وقال : إسناده غريب وليس بحجة .

وروى مالك فى الموطأ عن عطاء الخراسانى رفعه « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » وفى الأوسط للطبرانى من حديث عائشة « تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم » قال الحافظ ابن حجر : وفى إسناده نظر ، وأخرج فى الشهاب عن عائشة « تهادوا فان الهدية تذهب الضغائن » ومداره على محمد ابن عبد النور عن أبى يوسف الأعشى عن هشام عن أبيه عنها . والراوى له عن محمد هو أحمد بن الحسن المقرى . قال الدارقطنى : ليس بثقة ، وقال ابن طاهر لا أصل له عن هشام . رواه ابن حبان فى الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ (تهادوا فإن الهدية قلت أو كثرت تذهب السخيمة) وضعفه بعائذ . قال أبو حاتم : فى حديثه ضعف . وقال ابن طاهر : ليس بشيء وقد رواه عنه جماعة . قال ورواه كوثر ابن حكيم عن مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا . وكوثر متروك .

وروى الترمذى من حديث أبى هريرة « تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر » وفى إسناده أبو معشر المدنى تفرد به وهو ضعيف . ورواه ابن طاهر فى أحاديث الشهاب من طريق عصمة بن مالك بلفظ « الهدية تذهب بالسمع والبصر » ورواه ابن حبان فى الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ « تهادوا فان الهدية تذهب الغل » رواه محمد بن غيزغة قال : لا يجوز الاحتجاج به وقال فيه البخارى منكر الحديث وروى أبو موسى المدينى فى الذيل فى ترجمة زعبل ، بالزاى والعين المهملة والباء الموحدة ، يرفعه « تزاوروا وتهادوا

فان الزيارة تثبت الوداد ، والهدية تذهب السخيمة » . قال ابن حجر : وهو مرسل وليس لزعبل صحة .

أما حديث عبد الله بن عمر فرواه أحمد فى مسنده والطبرانى باسناد صحيح عن عبد الله بن عمرو ؛ ورواه مسلم عن عائشة ، ورواه البخارى عن أبى هريرة بلفظ « الرحم شجنة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته » .

أما حديث النعمان بن بشير عند البخارى ومسلم وأحمد بلفظ (أن أباه أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ فقال : لا ، فقال : فارجعه) ولفظ مسلم (تصدق علىَّ أبى ببعض ماله ، فقالت أمى عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبى إليه يشهده على صدقتى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا فقال : اتقوا الله واعدلوا فى أولادكم ، فرجع أبى فى تلك الصدقة) وللبخارى مثله ولكن ذكره بلفظ العطية لا بلفظ الصدقة .

وقد روى أحمد وأبو داود والنسائى والمنذرى عن النعمان بن بشير قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم « اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم » وهذا الحديث سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجاله ثقات إلا المفضل بن المهلب بن أبى صفرة ، وقد اختلف فيه وهو صدوق ، وفى رواية لمسلم بلفظ « أيسرك أن يكونوا فى البر سواء ؟ قال : بلى ، قال : فلا إذن » .

وفى بابه عن ابن عباس عند الطبرانى والبيهقى وسعيد بن منصور بلفظ « سووا بين أولادكم فى العطية ، ولو كنت مفضلا أحداً لفضلت النساء » وفى إسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف ، وذكر ابن عدى فى الكامل أنه لم ير له أنكر من هذا وقد حسن ابن حجر فى الفتح إسناده .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه البخارى بلفظ « لو دعيت إلى كراع أو ذراع لأجبت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت » ورواه أحمد والترمذى وصححه من حديث أنس بلفظ « لو أهدى إلى كراع لقبلت ، ولو دعيت عليه لأجبت » وفى بابه عن أم حكيم الخزاعية عند الطبرانى قالت « قلت يا رسول الله تكره رد اللَّطَف ؟ قال : ما أقبحه ، لو أهدى الى كراع لقبلت » وقوله : اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام .

أما بشير بن سعد الذى جاء إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم يشهده على ما نحله لولده النعمان فهو بشير بن سعد بفتح الباء وكسر الشين والد النعمان بن بشير بن سعد بن جُلاس بضم الجيم بن زيد بن مالك ابن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج الأنصارى الخزرجى المدنى الصحابى الفاضل الصالح شهد العقبة الثانية وبدراً وأحداً والخندق والمشاهد بعدها مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قيل : إنه أول من بايع أبا بكر الصديق رضى الله عنه من الأنصار بالخلافة واستشهد مع خالد بن الوليد رضى الله عنه يوم عين التمر بعد انصرافه من اليمامة سنة ثنتى عشرة من الهجرة وهو الذى ثبت فى الصحيح أنه قال « يا رسول الله أمرنا أن نصلى عليك فكيف نصلى عليك » .

أما النعمان بن بشير ولده فقال النووى فى تهذيبه : الصحابى ابن الصحابى والصحابية رضى الله تعالى عنهم ذكره فى المختصر والمهذب وذكره فى الوسيط فى باب الهبة لكنه وقع فيه غلط فى الوسيط سيأتى بيانه فى النوع الثامن من الأوهام ان شاء الله تعالى [1] هو أبو عبد الله النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة بن جلاس بضم الجيم وتخفيف اللام كما قيده الحافظ عبد الغنى المقدسى وغيره وقال ابن ماكولا هو خلاس بضم

---

(1) لم يات ذكره فى تهذيب الأسماء واللغات طبعة المنيرية واخشى ان تكون الطبعة ناقصة كثيراً مما سجله النووى فى هذا الكتاب لانى وجدت كثيراً مما اشار اليه غير موجود مما يدل على سقط هذا الذى نوه النووى رحمه الله بذكره وصرح بتسجيله فى كتابه ولله الأمر من قبل ومن بعد (ط) .

الحاء المعجمة وتشديد اللام ابن زيد بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصارى وهو وأبوه وأمه صاتبون اسم أمه أم عمرة بنت رواحة شهد بشير العقبة الثانية وبدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عنه ابنه النعمان وجابر بن عبد الله وروى عنه أيضاً عروة والشعبى مرسلا فانهما لم يدركاه وولد النعمان على رأس أربعة عشر شهراً من الهجرة وهو أول مولود من الأنصار بعد الهجرة ، وقيل فى مولده غير ما ذكرنا لكن ما ذكرناه هو الأصح الأشهر روى له عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مائة وأربعة عشر حديثاً اتفق البخارى ومسلم منها على خمسة وانفرد البخارى بحديث ومسلم بأربعة روى عنه ابناه بشير ومحمد وعروة وابن الزبير والشعبى وآخرون قتل بالشام بقرية من قرى حمص فى ذى الحجة سنة أربع وستين وقال ابن أبى خيثمة سنة ستين استعمله معاوية على حمص ثم على الكوفة واستعمله عليهما يزيد بن معاوية وكان كريما جواداً شاعراً رضى الله تعالى عنه . ا هـ

أما الهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء الموحدة . قال فى الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع الإبراء ، وهو هبة الدين ممن هو عليه ، والصدقة وهى هبة ما يتمخض به طلب ثواب الآخرة ، والهدية وهى ما يلزم به الموهوب له عوضه ومن خصها بالحياة أخرج الوصية ، وهى تكون أيضاً بالأنواع الثلاثة ، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على ما لا يقصد له بدل ، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض ا هـ .

والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة وكلها تمليك فى الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ، وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال فى اللحم الذى تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة . ومن دفع إلى إنسان شيئاً يتقرب به إليه محبة له فهو هدية ، وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا »

وأما الصدقة فما ورد فى فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى « إن تبدوا الصدقات فنعما هى ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهى خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم » .

اذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء ، منهم النخعى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام (العائد فى هبته كالعائد فى قيئه) ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق ، وربما قالوا : تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع ، وتطلق الهبة على الشىء الموهوب .

وأحاديث النعمان بن بشير تمسك بها من أوجب التسوية بين الأولاد فى العطية ، وبه صرح البخارى ، وهو قول طاوس والثورى وأحمد وإسحاق وبعض المالكية ، قال فى الفتح : والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة . وعن أحمد تصح ، ويجب أن يرجع . وعنه يجوز التفاضل إن كان له سبب ، كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقين .

وقال أبو يوسف : تجب التسوية إن قصد بالتفضيل الإضرار . وذهب الجمهور إلى أن التسوية مستحبة ، فإن فضل بعضاً صح وكره ، وحملوا الأمر على الندب وكذلك حملوا النهى الثابت فى رواية لمسلم بلفظ « أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال : بلى قال : فلا إذن » على التنزيه .

وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبة عشرة جاءت فى فتح البارى ، اختصرها الشوكانى ووضع عليها زيادات مفيدة (أحدها) أن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر ، وتعقاه بأن كثيراً من

طرق الحديث مصرحة بالبعضية ، كما فى حديث جابر وغيره أن الموهوب كان غلاما ، وكما فى لفظ مسلم عن النعمان « تصدق عليَّ أبى ببعض ماله » .

(الجواب الثانى) أن العطية المذكورة لم تنجز ، وإنما جاء بشير يستشير النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك فأشار عليه بأن لا يفعل فترك ، حكاه الطبرى ويجاب عنه بأن أمره صلى الله عليه وسلم له بالارتجاع يشعر بالتنجيز ، وكذلك قول عمرة « لا أرضى حتى تشهد » الخ .

(الجواب الثالث) أن النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب فجاز لأبيه الرجوع . ذكره الطحاوى . قال الحافظ وهو خلاف ما فى أكثر طرق الحديث خصوصا قوله (أرجعه) فإنه يدل على تقدم وقوع القبض ، والذى تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضا له لصغره فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت فى حكم المقبوضة .

(الجواب الرابع) أن قوله (أرجعه) دليل على الصحة ، ولو لم تصح الهبة لم يصح الرجوع ، وإنما أمره بالرجوع لأن للوالد أن يرجع فيما وهب لولده ، وإن كان الأفضل خلاف ذلك ، لكن استحباب التسوية رجح على ذلك فلذلك أمره به .

وفى الاحتجاج بذلك نظر ، والذى يظهر أن معنى قوله (أرجعه) أى لا تمض الهبة المذكورة ، ولا يلزم من ذلك تقدم صحة الهبة .

(الخامس) أن قوله (أشهد على هذا غيرى) إذن بالإشهاد على ذلك ، وانما امتنع من ذلك لكونه الإمام ، وكأنه قال : لا أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم حكاه الطحاوى وارتضاه ابن القصار ، وتعقب بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه ، والإذن المذكور مراد به التوبيخ لما تدل عليه بقية ألفاظ الحديث ، وبذلك صرح الجمهور فى هذا الموضع .

وقال ابن حبان : قوله (أشهد) صيغة أمر والمراد به نفي الجواز وهي كقوله لعائشة : اشترطي لهم الولاء ا هـ ، ويؤيد هذا الوجه تسميته صلى الله عليه وسلم لذلك جوراً كما في بعض الروايات المذكورة .

(الجواب السادس) التمسك بقوله (ألا سويت بينهم) على أن المراد بالأمر الاستحباب وبالنهي التنزيه . قال الحافظ ابن حجر : وهذا جيد لولا ورود تلك الألفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولاسيما رواية « سوِّ بينهم » .

(الجواب السابع) قالوا : المحفوظ في حديث النعمان « قاربوا بين أولادكم » لا سوُّوا ، وتعقب بأنكم لا توجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية .

(الجواب الثامن) في التشبيه الواقع بينهم في التسوية بالتسوية بينهم ، بالتسوية فيهم في البر قرينة تدل على أن الأمر للندب ، ورد بأن إطلاق الجور على عدم التسوية والنهي علي التفضيل يدلان على الوجوب فلا تصلح تلك القرينة لصرفهما وإن صلحت لنفس الأمر .

(الجواب التاسع) ما سيأتي في الفصل الذي بعد هذا من منحة أبي بكر لعائشة ، وقوله لها : فلو كنت احترثته ، وكذلك ما رواه الطحاوي عن عمر أنه نحل ابنه عاصما دون سائر ولده ، ولو كان التفضيل غير جائز لما وقع من الخليفتين ، وقال في الفتح : وقد أجاب ابن عمر عن قصة عائشة بأن إخوتها كانوا راضين ، ويجاب بمثل ذلك عن قصة عاصم . ولا حجة في فعلهما لاسيما إذا عارض المرفوع .

(الجواب العاشر) أن الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله لتمليك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده بالتمليك لبعضهم . وذكره ابن عبد البر قال الحافظ ابن حجر : ولا يخفى ضعفه لأنه قياس مع وجود النص ، وقد رأى الشوكاني أن التسوية واجبة وأن التفضيل محرم واختلف الموجبون

للتسوية فى كيفيتها فقال محمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكية : العدل أن يعطى الذكر حظين كالميراث ، واحتجوا بأن ذلك حظه من المال لو مات عنه الواهب . وقال غيرهم لا فرق بين الذكر والأنثى ، وظاهر الأمر بالتسوية معهم .

على أن حديث النعمان بن بشير رواه عنه عدد كثير من التابعين ، منهم عروة بن الزبير عند مسلم والنسائى وأبى داود ، وأبو الضحى عند النسائى وابن حبان وأحمد والطحاوى ، والمفضل بن المهلب عند أحمد وأبى داود والنسائى ، وعبد الله بن عتبة بن مسعود عند أحمد ، وعون بن عبد الله عند أبى عوانة والشعبى عند الشيخين وأبى داود وأحمد والنسائى وابن ماجه وابن حبان وغيرهم وقد رواه النسائى من مسند بشير والد النعمان فشذ بذلك . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز منه مشاع لما روى عمرو ابن سلمة الضمرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فاذا حمار عقير ، فقيل : يا رسول الله ، هذا حمار عقير ، فقال : دعوه فانه سيطلبه صاحبه ، فجاء رجل من فهر فقال : يا رسول الله انى أصبت هذا فشأنكم به ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق » ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم فى ذلك .**

فصـــل **وما لا يجوز بيعه من المجهول ، وما لا يقدر على تسليمه ، وما لم يتم ملكه عليه ، كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته ، لأنه عقد يقصد به تمليك المال فى حال الحياة ، فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع .**

فصـــل **ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع) .**

الشرح حديث عمرو بن سلمة الضمرى كذا فى نسخ المهذب وفى مواطن مختلفة من فصول المهذب وصوابه عمير بن سلمة الضمرى بالتصغير.

قال الحافظ ابن حجر فى التهذيب : له صحبة وحديث ، وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائى ومالك فى الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمرى عن رجل من بهز « أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد مكة حتى إذا كانوا فى بطن وادى الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : أقروه حتى يأتى صاحبه فأتى البهزى وكان صاحبه فقال : يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه فى الرفاق ، وهم محرمون ، قال : ثم مررنا حتى إذا كنا بالأثاية إذا نحن بظبى حاقف فى ظل فيه سهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا أن يقف عنده حتى يخبر الناس عنه » .

ولأحمد والبخارى ومسلم من حديث قتادة قال « كنت يوماً جالسا مع رجال من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى منزل فى طريق مكة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حماراً وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلى فلم يؤذنونى ، وأحبوا لو أنى أبصرته فالتفت فأبصرته فقمت إلى الفرس فأسرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم : ناولونى السوط والرمح فقالوا : لا والله لا نعينك عليه ، فغضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت فشددت على الحمار فعقرته ثم جئت به وقد مات فوقعوا فيه يأكلونه ، ثم إنهم شكوا فى أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخبأت العضد معى فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال : هل معكم منه شىء ؟ فقلت : نعم ، فناولته العضد فأكلها وهو محرم » ولمسلم « هل أشار إليه إنسان أو أمره بشىء ؟ قالوا : لا ، قال: فكلوه » وللبخارى « قال : منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوا ما بقى من لحمها » قلت : وهذا الخبر صريح فى صحة هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى وأحمد ، سواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن .

وقال أصحاب الرأى : لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته لأن القبض شرط فى الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فإن

كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنتين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة ، وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح فى قياس قولهم ، لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع .

ولنا حديث عمير بن سلمة فى الفصل ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذى لا ينقسم ، ولأنه مشاع فأشبه ما لا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فإنه لم يمنع صحته فى البيع فكذا هنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه .

أما قوله (ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته) فظاهر فى عموم ثبوت الملك بالقبض بالهبة فيما يجوز امتلاكه بالعوض ، والجواز هنا اعتبار الشىء فى حق حكمه ، وأما صحته بانعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر، ويثبت وهو فى معنى البيع ، قال الشافعى رضى الله عنه ؛ ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالرجل يبيع الشىء وله فيه الخيار .

ولما كانت الهبة تمليكا لمعين فى الحياة لم يجز تعليقها على شرط كالبيع، فإن علقها على شرط كقول النبى صلى الله عليه وسلم لأم سلمة « إن رجعت هديتنا إلى النجاشى فهى لك » كان وعداً ، وإن شرط فى الهبة شروطا تنافى مقتضاها نحو أن يقول : وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح . وفى صحة الهبة وجهان على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن وقت الهبة ، فقال : وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح ، لأنه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتا .

وجملة ذلك أن التمليك إذا كان لعين بغير عوض عن غير احتياج كان هبة ، فإن كان عن احتياج فصدقة ، فإن كان للمنفعة بغير عوض فعارية أو بعوض فاجارة وإن كان للعين بعوض فبيع .

فرع لا يجوز هبة المجهول أو غير المملوك أو جعله فى الذمة . قال النووى : وما لا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب لمن لا يقدر على انتزاعه، وضال وآبق فلا يجوز هبته . قال الرملى : بجامع أن كلا منهما تمليك فى الحياة ولا ينافيه خبر : « زن وأرجح » لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، على أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذراً من التساهل فيه ، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه فى المال الذى جاء من البحرين : « خذ منه » ــ الحديث ، لأن الظاهر أن ما ذكرنا فى المجهول إنما هو بالمعنى الأخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر ، وإعطاء العباس الظاهر صدقة لا هبة ، لكونه من جملة المستحقين ، لأنه كان من العاملين عليها كما مضى ذلك فى كتاب الزكاة .

فرع وقد اختلف الفقهاء فى ترك الدين المستقر الذى فى الذمة للمدين ، فقال أبو حنيفة والثورى وإسحاق : إذا وهب الدين لغير من هو فى ذمته أو باعه إياه لم يصح . وقال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذى هو عليه بنقد ، ولاتبعه من غيره عرضا بمالك عليه .

وقال الشافعى : إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وإن كان على ملىء باذل له ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت فى الذمة فصح ، كما لو اشترى فى ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقابضان فى المجلس لئلا يكون بيع دين بدين .

(والثانى) لا يصح . وفى نهاية المحتاج بحث حول ترك الدين المستقر الذى فى الذمة المدين لغيره هل يعد هبة أم يعد إبراء فحسب بأنه لا يعد هبة فى الأصح لأنه غير مقدور على تسليمه ، فإن قلنا : بصحة بيعه لغير من هو عليه قياساً على بيع الموصوف فإنه لا يوهب والدين مثله بل أولى ، وفرق ما بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما فى الذمة التزام لتحصيل المبيع فى مقابلة الثمن الذى استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها ، فكانت بالوعد أشبه فلم يصح .

ووارد على ما لا يجوز بيعه من المجهول أنه إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة ، وكذلك لو قال : أنت فى حل مما تأخذ أو تعطى أو تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة وهى صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والإعطاء قاله العبادى، قال : وفى خذ من عنب كرمى ما شئت لا يزيد على عنقود لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، وما استشكل به يرد بأن الاحتياط المبنى عليه حق أوجب ذلك التقدير ، وأفتى القفال فى : أبحت لك من ثمار بستانى ما شئت بأنه إباحة، وظاهره أن له أخذ ما شاء ، وما قاله العبادى أحوط .

وفى الأنوار : لو قال أبحت لك جميع ما فى دارى أو ما فى كرمى من العنب ، فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره . وتقتصر الإباحة على الموجود فى الدار أو فى الكرم ، ولو قال : أبحت لك جميع ما فى دارى أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيح لم تحصل الإباحة ا هـ .

ومتى قلنا : لا تصح الهبة فى غير مقدور عليه أو فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه بهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد رضى الله عنهم ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح فى ذلك كالبيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا تصح الا بالايجاب والقبول لانه تمليك آدمى لآدمى ، فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع والنكاح ، ولا يصح القبول الا على الفور . وقال أبو العباس : يصح على التراخى ، والصحيح هو الأول ، لانه تمليك مال فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع .**

فصل **ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة رضى الله عنها (أن اباها نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله ، فلما حضرته الوفاة قال : يابنية ان احب الناس غنى بعدى لأنت ، وان أعز الناس على فقرا بعدى لأنت ، وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالى ، ووددت انك جذذته**

وحزته ، وانما هو اليوم مال الوارث ، وانما هما اخواك وأختاك ، قالت : هذان اخواى فمن اختاى ؟ قال ذو بطن بنت خارجة ، فانى اظنها جارية) مات قبل القبض قام وارثه مقامه ، ان شاء قبض وان شاء لم يقبض ، ومن أصحابنا من قال : يبطل العقد بالموت ، لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة ، والمنصوص أنه لا يبطل لانه عقد يؤول الى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار ، فاذا قبض ملك بالقبض ، ومن أصحابنا من قال : يتبين انه ملك بالعقد ، فان حدث منه نماء قبل القبض ، كان للموهوب له ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال ، وقبض بعد ما أهل : (ان فطرة العبد على الموهوب له) والمذهب الأول ، وما قال فى زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله) .

الشرح خبر عائشة رضى الله عنها ، رواه مالك فى الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها ، وروى نحوه البيهقى من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب . وعن حنظلة بن أبى سفيان عن القاسم بن محمد نحوه .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم « بلغنا عن أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة أم المؤمنين جداد عشرين وسقا من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكونى قبضتيه ، وإنما هو مال الوارث ، فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته » .

أما اللغات فإن قوله « نحل عائشة » أى أعطاها ، والنحلة العطية ، والوسق ستون صاعا ، وحزته أى قبضته ، ولو قال : حزتيه لكان جائزاً ولكن الحذف أفصح وأما قوله : ذو بطن بنت خارجة ، فإن ذو تأتى بمعنى الاسم الموصول فى لغة طىء قال شاعرهم :

قالوا جننت فقلت كلا ... وربى ما جننت ولا انتشيت
ولكنى ظلمت فكدت أبكى ... من الظلم المبين أو بكيت
فإن الماء ماء أبى وجدى ... وبئرى ذو حفرت وذو طويت

وقد تزوج أبو بكر رضى الله عنه ذو بطن بنت خارجة بن أبى زهير

بالسنح فى بنى الحارث من الخزرج قريب المدينة ، واسمها حبيبة وبنتها أم كلثوم بنت أبى بكر رضى الله عنه .

أما الأحكام فإن الهبة لا تصح إلا بإذن الواهب لأنه بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ، فان قبضها الموهوب له قبل إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض .

وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا قبضها فى المجلس صح ، وان لم يأذن له ، لأن الهبة قامت مقام الإذن فى القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لا يتم الا بالقبض .

ومذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد فى المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه جعل الهبة إذناً فى القبض بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع فى الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض . وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة قد تمت .

إذا عرف هذا عرف أن شرط الهبة الإيجاب ، كوهبتك وملكتك ومنحتك وأكرمتك وعظمتك ونحلتك . وكذا أطعمتك ولو فى غير طعام كما نص عليه، وقبول ، كقبلت ورضيت واتهبت متلفظاً باحدى هذه الكلمات أو باشارة من أخرس مفهومة فى حقه بالقبول ، لأن القبول ينعقد بالكتابة ، ومن أركانها أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، ومن أركانها اعتبار الفور فى الصيغة ، ولا يضر الفصل . نعم فى الاكتفاء بالإذن قبل وجود القبول نظر ، لأننا إذا تصورنا أن الواهب لا يفترق عن الراهن عند تقديمه المعين إلى المتهب إلا فى الصيغة ، تبين لنا أهمية الصيغة وضرورتها عند العقد واعتبار القبول على الفور لفظاً ، ولا يكفى لفظ يحتمل القبول والرفض إلا إذا اقترن اللفظ بالقبض وتسليط اليد . كقوله « شكراً » فإنه لفظ يحتمل الاعتذار عن قبول الهبة ويحتمل القبول .

وأفتى بعض الأصحاب فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه إن قال هذا جهاز بنتى فهو ملك لها ، وإلا فهو عارية ويصدق بيمينه ، ولا يشترط الإيجاب والقبول فى الصدقة بل يكفى الإعطاء والأخذ ، ولا فى الهدية بل يكفى البعث من هذا ويكون كالإيجاب والقبض من ذاك ؛ ويكون كالقبول لجريان عادة السلف بل الصحابة مع النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه أنه كان إباحة . هذا هو الصحيح (والثانى) يشترطان كالهبة . وفرق هنا بين التمليك وبين نقل الحق أو اليد إلى غيره ، كلبن شاة الأضحية أو صوفها أو تنازل إحدى الضرتين عن نوبتها للأخرى .

فــرع لا يملك الموهوب الهبة إلا بقبضها ، فقد روى عروة عن عائشة رضى الله عنها « أن أبا بكر رضى الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال : يا بنية ما أحد أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أحد أعز على فقراً منك ، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً وددت أنك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك ، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل » وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : « ما بال أقوام ينحلون أولادهم ، فإذا مات أحدهم قال : مالى وفى يدى . وإذا مات هو قال : كنت نحلته ولدى ، لا نحلة إلا نحلة يحرز الولد دون الوالد فإن مات ورثه » .

فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، فان قلنا بأنه عقد يؤول إلى اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه ، وهذا قول أكثر أصحابنا ، وهو قول أبى الخطاب من الحنابلة حيث يقول : إذا مات الواهب قام وارثه مقامه فى الإذن فى القبض والفسخ .

وإن قلنا بقول بعض الأصحاب بأنه من العقود الجائزة يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة . وهو قول الإمام أحمد حيث قال فى رواية أبى طالب وأبى الحارث فى رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات ، فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها .

وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سالمة قالت : « لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها : إنى قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات : ولا أرى هديتى إلا مردودة على ، فان ردت فهى لك . قالت : فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة » ووجه ضعف القول بانفساخ العقد بموت أحدهما أن ليس المدار على القبول بل على الأيلولة للزوم كما قررنا ، وهو جار فى الهدية والصدقة أيضا ، ويجرى الخلاف فى الجنون والإغماء ، ولولى المجنون قبضها قبل الإفاقة .

وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون وغيرهما ، فالمكيل والموزون لا يصح التمليك فيهما بغير قبض أما فى غيرهما فيصح بغير القبض لما روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا : « الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض » وهو قول مالك وأبى ثور . وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة فى الجميع إلا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزى : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، ويروى ذلك عن النخعى والثورى والحسن بن صالح والعنبرى والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا .

ومن أصحابنا من قال : إنما يستغنى عن القبض إذا تحقق الإيجاب والقبول واستقر العقد بينهما ، ولأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح ، وعلى هذا القول إذا حدث نماء فى الهبة قبل القبض كانت للموهوب له ، والمنصوص أن النماء بعد القبض كان للموهوب .

قال فى الأم : وإذا وهب الرجل للرجل جارية أو داراً ، فزادت الجارية فى يديه ، أو بنى الدار فليس للواهب الذى ذكر أنه وهب للثواب ، ولم يشترط ذلك أن يرجع فى الجارية ، أى حال ما كانت زادت خيراً أو نقصت، كما لا يكون له إذا أصدق المرأة جارية فزادت فى يديها ثم طلقها أن يرجع بنصفها زائدة . اهـ

قلت : وليست الفطرة التى لزمت الموهوب له منفعة تعود عليه ، وانما هى قربة صادفت محلها فلا شبه بينها وبين النماء ، فالنماء عائد ، والفطـرة بذل وإخراج والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **فان وهب لغير الولد وولد الولد شيئا واقبضـه ، لم يملك الرجوع فيه ، لما روى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما رفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحل للرجل ان يعطى العطية فيرجع فيها الا الولد فيـما اعطى ولده » وان وهب للولد او ولد الولد وان سفل جاز له أن يرجع للخبر ، ولأن الأب لا يتهم فى رجوعه ، لأنه لا يرجع الا لضرورة ، أو لاصـلاح الولد ، وان تصدق عليه فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة ، ومن أصحابنا من قال : لا يرجع ، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب واصلاح حاله مع الله عز وجل ، فلا يجوز أن يتغير رأيه فى ذلك ، والقصد من الهبة اصلاح حال الولد ، وربما كان الصلاح فى استرجاعه فجاز له الرجوع .**

وان تداعى رجلان نسب مولود ، ووهبا له مالا لم يجز لواحـد منهما أن يرجع ، لأنه لم يثبت له بنوته ، فان لحق بأحدهما ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يجوز لأنه ثبت انه ولده .

(والثانى) لا يجوز ، لأنه لم يثبت له الرجوع فى حال العقد ، وان وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز لأنه فى ملك من يجوز له الرجوع فى هبته .

(والثانى) لا يجوز لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجز ، وان وهب لولده شيئا فافلس وحجر عليه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء .

(والثانى) لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء ، فلم يجز له الرجوع ، كما لو رهنه .

فصـــــل **وان زاد الموهوب فى ملك الولد او زال الملك فيه ثم عاد اليه**

فالحكم فيه كالحكم فى المبيع اذا زاد فى يد المشترى أو زال الملك فيه ثم عاد اليه ثم أفلس فى رجوع البائع ، وقد بيناه فى التفليس) .

الشرح حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع فى قيئه » أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه ، وكذلك ابن حبان والحاكم وصححاه .

وقد استدل بالحديث على تحريم الرجوع فى الهبة ، لأن القيء حرام فالمشبه به مثله ، ووقع فى رواية أخرى للبخارى وغيره : « كالكلب يرجع فى قيئه » وهى تدل على عدم التحريم ، لأن الكلب غير متعبد فالقيء ليس حراماً عليه ، وهكذا قوله : (كمثل الكلب الخ) وتعقب بأن ذلك للمبالغة فى الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالنردشير (فكأنما غمس يده فى لحم خنزير) وأيضا الرواية الدالة على التحريم غير منافية للرواية الدالة على الكراهة على تسليم دلالتها على الكراهة فقط ، لأن الدال على التحريم قد دل على الكراهة وزيادة ، وقد قدمنا فى باب نهى المتصدق أن يشترى ما تصدق به من كتاب الزكاة عن القرطبى أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث ، وقدمنا أيضا أن الأكثر حملوه على التنفير خاصة لكون القيء مما يستقذر .

ويؤيد القول بالتحريم قوله صلى الله عليه وسلم (ليس لنا مثل السوء) فى حديث ابن عباس عند أحمد والبخاري . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل للرجل) قال فى الفتح : والى القول بتحريم الرجوع فى الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلى هبة الوالد لولده ، وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع فى الهبة دون الصدقة ، إلا إذا حصل مانع من الرجوع : كالهبة لذى رحم ونحو ذلك من الموانع .

وقال الطحاوى : إن قوله (لا يحل) لا يستلزم التحريم . قال وهو

كقوله صلى الله عليه وسلم (لا تحل الصدقة لغنى) وإنما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوى الحاجة ، وأراد بذلك التغليظ فى الكراهة .

وقال الطبرى : يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والداً والموهوب له ولده والهبة لم تقبض ، والتى ردها الميراث إلى الواهب لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك ، وأما ما عدا ذلك كالغنى يثيب الفقير ونحو من يصل رحمه فلا رجوع . قال : ومما لا رجوع فيه مطلقا الصدقة يراد بها ثواب الآخرة . قال ابن حجر : اتفقوا على أنه لا يجوز الرجوع فى الصدقة بعد القبض وقد أخرج مالك عن عمر أنه قال : (من وهب هبة يرجو ثوابها فهى رد على صاحبها ما لم يثب منها) ورواه البيهقى عن ابن عمر مرفوعا وصححه الحاكم . قال ابن حجر : والمحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر ورواه عبد الله بن موسى مرفوعا ، قيل : وهو وهم وصححه الحاكم وابن حزم ، ورواه ابن حزم أيضا عن أبى هريرة مرفوعا بلفظ (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) وأخرجه أيضاً ابن ماجه والدارقطنى ورواه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعا بلفظ إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع . ورواه الدارقطنى من حديث ابن عباس قال ابن حجر : وسنده ضعيف .

وقال ابن الجوزى : أحاديث ابن عمر وأبى هريرة وسمرة ضعيفة وليس منها ما يصح . وأخرج الطبرانى فى الكبير عن ابن عباس مرفوعا (من وهب هبة فهو أحق بها حتى يثاب عليها ، فان رجع فى هبته فهو كالذى يقىء ويأكل منه) فإن صحت هذه الأحاديث كانت مخصصة لعموم حديث طاوس إلا أنها لم تثبت ، كما رأيت من كلام ابن الجوزى وابن حجر وغيرهما من فقهاء المحدثين .

وقد استدل الجمهور بحديث الفصل على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه وقال أحمد (لا يحل للواهب أن يرجع فى هبته مطلقا) ويؤيد ما ذهب إليه الجمهور حديث عائشة عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى مرفوعا (إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم) وفى

لفظ (ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً) رواه أحمد وحديث جابر أن رجلا قال : يا رسول الله إن لى مالا وولداً وإن أبى يريد أن يجتاح مالى ، فقال : (أنت ومالك لأبيك) رواه ابن ماجه .

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال إن أبى يريد أن يجتاح مالى فقال : أنت ومالك لوالدك إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً » رواه أحمد وأبو داود .

وقال الشافعى رضى الله عنه وأبو حنيفة ومالك : ليس للوالد أن يأخذ منـه .

فـرع قال النووى فى المنهاج : وللأب الرجوع فى هبة ولده وكذا لسائر الأصول على المشهور ، قال الرملى : بالمعنى الأعم الشامل الهـدية والصدقة على الراجح بل يوجد التصريح بذلك فى بعض النسخ ، ولا يتعين الفور ، بل له ذلك متى شاء وإن لم يحكم به حاكم ، أو كان الولد صغيراً أو فقيراً مخالفاً ديناً للخبر وساقه . واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إيثاره لولده على نفسه يقضى بأنه إنمـا رجـع لحاجة أو مصلحة ، ويكره الرجوع من غير عذر ، فإن وجد ككون الولد عاقا ، أو يصرفه فى معصية أنذره به فان أصر لم يكره .

وبحث الإسنوى ندبه فى العاصى وكراهته فى العاق إن زاد عقوقه وندبه إن أزاله وإباحته إن لم يفد شيئاً ، والأذرعى ذهب إلى عدم كراهته ان احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل ندبه حيث كان الولد غير محتاج له ، ووجوبه فى العاصى إن غلب على الظن تعينه طريقاً إلى كفه عن المعصية ، ويمتنـع الرجوع كما بحثه البلقينى فى صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة ، وكذا فى لحم أضحية تطوع ، لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا .

وكذا له الرجوع لسائر الأصول وإن علوا أو سفلوا على المشـهور ، وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لمانع قام به وورثه جده ، لأن الحقوق لا تورث وحدها

إنما تورث بتبعية المال وهو لا يرثه . ولا يملك الوالد الرجوع إلا إذا كانت باقية فى ملك الابن ، فان خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال لغير ملك الابن فان عادت بسبب جديد كبيع أو هبة أو إرث أو وصية لم يملك الرجوع أيضا لأن ملكها لم يستفده من جهة أبيه ، أما إن عادت بفسخ أو إقالة فله الرجوع على أحد الوجهين .

فرع إذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع فى هبته لأن نسبه لم يثبت لواحد منهما ، أما إذا لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لثبوت البنوة (والثانى) لا يجوز ، لأنه لم يكن ثبت له الرجوع فى حال العقد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان وهب شيئا لمن هو دونه ، لم يلزمه أن يثيبه بعوض ، لأن القصد من هبته الصلة ، فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة ، وان وهب لمن هو مثله لم يلزمه ايضا أن يثيبه ، لأن القصد من هبته اكتساب المحبة ، وتأكيد الصداقة . وان وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان ، قال فى القديم : لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض ، لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط .

وقال فى الجديد : لا يجب لأنه تمليك بغير عوض ، فلا يوجب المكافأة بعوض ، كهبة النظير النظير فان قلنا : لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً ، ففيه قولان (احدهما) يصح لأنه تمليك مال بمال فجاز كالبيع ، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة فى الربا والخيار ، وجميع احكامه .

(والثانى) انه باطل ، لأنه عقد لا يقتضى العوض فبطل شرط العوض كالرهن كالرهن ، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد فى جميع أحكامه ، وان شرط فيه ثواباً مجهولا بطل قولا واحداً ، لأنه شرط العوض ، ولأنه شرط عوضاً مجهولا . وان قلنا : انه يجب العوض ففى قدره ثلاثة اقوال :

(أحدها) أنه يلزمه أن يعطيه الى أن يرضى ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه « ان أعرابيا وهب للنبى صلى الله عليه وسلم هبة فاثابه عليها ، وقال

ارضيت ؟ قال : لا ، فزاده وقال : أرضيت ؟ فقال : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن لا اتهب الا من قرشي أو انصاري أو ثقفي)) .

(والثاني) يلزمه قدر قيمته ، لانه عقد يوجب العوض ، فاذا لم يكن مسمى ، وجب عوض المثل كالنكاح .

(والثالث) يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله ، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف ، فان قلنا : انه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع ، فان تلفت العين رجع بقيمتها ، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها اذا تلفت وجب الرجوع الى بدلها كالمبيع . ومن أصحابنا من قال : لا يجب لأن حق الواهب في العين ، وان نقصت العين رجع فيها ، وهل يرجع بأرش ما نقص ؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة اذا تلفت .

وان شرط عوضاً مجهولا لم تبطل ، لانه شرط يقتضيه العقد ، لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضاً مجهولا ، وان لم يدفع اليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف ، وان شرط عوضا معلوما ففيه قولان :

(احدهما) أن العقد يبطل ، لأن العقد يقتضي عوضا غير مقدر ، فبطل بالتقدير .

(والثاني) يصح لأنه اذا صح بعوض مجهول ، فلأن يصح بعوض معلوم أولى .

فصل وان اختلف الواهب والموهوب له ، فقال الواهب : وهبتك ببدل وقال الموهوب له : وهبتني على غير بدل . ففيه وجهان :

(احدهما) ان القول قول الواهب ، لانه لم يقر لخروج الشيء من ملكه الا على بدل .

(والثاني) ان القول قول الموهوب له ، لأن الواهب اقر له بالهبة ، وادعى بدلا الأصل عدمه) .

الشرح حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان . وقال الهيثمي : رجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه أبو داود والنسائي من حديث أبي هريرة بنحوه ، وطوله الترمذي ورواه من وجه آخر ، وبين أن الثواب

كان ست بكرات وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم . وقد روى أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها » أى يعطى المهدى بدلها .

والمراد بالثواب المجازاة وأقله ما يساوى قيمة الهدية ، ولفظ ابن أبى شيبة ويثيب ما هو خير منها وقد أعل حديث عائشة بالإرسال . قال البخارى : لم يذكر وكيع ومخارق عن هشام عن أبيه عن جده عن عائشة ، وقد استدل بعض المالكية به على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدى وكانت ممن مثله يطلب الثواب ، كالفقير للغنى بخلاف ما يهبه الأعلى للادنى .

ووجه الدلالة منه مواظبته صلى الله عليه وسلم ومن حيث المعنى أن الذى أهدى قصد أن يعطى أكثر مما أهدى ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته ، وبه قال الشافعى فى القديم ، ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ، ولو وقعت المواهبة كما تقرر فى الأصول .

وذهبت الحنفية والشافعى فى الجديد أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع مجهول ، ولأن موضع الهبة التبرع ، وفى رواية الفصل « إلا من قرشى الخ » وفى رواية أبى داود « وايم الله لا أقبل هدية بعد يومى هذا من أحد إلا أن يكون مهاجرياً أو قرشياً أو أنصاريا أو دوسيا أو ثقفيا » وسبب همه صلى الله عليه وسلم بذلك ما رواه الترمذى من حديث أبى هريرة قال « أهدى رجل من فزارة إلى النبى صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتسخطه ، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : إن رجالا من العرب يهدى أحدهم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندى فيظل يسخط على » الحديث . وقد كان ابن رسلان يحكى أن بعض أهل العلم والفضل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهدية من أحد أصلا لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما . وذلك لفساد النيات فى هذا الزمان .

اما الأحكام فقد قال النووى فى المنهاج : ولا رجوع لغير الأصول فى هبة مقيدة بنفى الثواب . ومتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لأعلى منه فى الأظهر . قال فى النهاية : كما لو أعاره داره إلحاقاً للأعيان بالمنافع . ولأن العادة ليس لها قوة الشرط فى المعاوضات (والثانى) يجب الثواب لاطراد العادة بذلك ، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب ، لأن القصد من مثله الصلة وتأكد الصداقة .

والطريق الثانى : طرد القولين السابقين ، والهدية فى ذلك كالهبة كما قاله النووى تفقها ونقله فى الكفاية عن تصريح البندنيجى ومثل ذلك الصدقة ، وإن اختار الأذرعى دليلا أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية والأوجه كما بحثه أيضا أن التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حالية أو لفظية دالة على طلب الثواب ، وإلا وجب هو أو الرد لا محالة .

ولو قال : وهبتك ببدل . فقال : بل بلا بدل ، صدق المتهب بيمينه ، لأن الأصل عدم البدل . ولو أهدى له شيئا على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقى وإلا فبدله كما قاله الاصطخرى ، فإن كان فعلها حل ، أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب اذا كان فيه كلفة خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا .

فإن وجب الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المار لتلف الهدية أو عدم إرادة المتهب ردها فهو قيمة الموهوب ، أى قدرها يوم قبضه ، ولو مثليا فى (الأصح) ، فلا يتعين للثواب جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهب (والثانى) يلزمه ما يعد ثواباً لمثله عادة ، وقيل : إلى أن يرضى ولو بإضعاف قيمته ، فإن قلنا بوجوب إثابته ولم يثبه هو ولا غيره فله الرجوع فى هبته إن بقيت وبدلها إن تلفت ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبنى كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح ، كما لو قال : بعتك ، والثانى : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع ، ومن ثم يكون بيعاً على (الصحيح) فيجرى

فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه ، والشفعة وعدم توقف الملك على القبض (والثانى) يكون هبة نظراً للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالمذهب بطلانه لتعذر صحته بيعاً ، لجهالة العوض ، وهبة لذكر الثواب بناء على الأصح أنها لا تقتضيه ، وقيل : تصح هبة بناء على أنها تقتضيه .

ولو بعث هدية لم يعده بالباء لجواز الأمرين كما قاله أبو على خلافاً لتصويب الحريرى تعين تعديته بها فى ظرف ، أو وهب شيئا فى ظرف من غير بعث ، فإن لم تجر العادة برده ، كقوصرة تمر (وهى الوعاء الذى يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك إلا وهو فيه ، وإلا فزنبيل) وكعلبة الحلوى فهو هدية أو هبة أيضاً تحكيما للعرف المطرد .

وكتاب الرسالة يملكه المكتوب إليه إن لم تدل قرينة على عوده ، قال المتولى وهو أوجه من قول غيره أنه باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الإباحة ، وإلا إن اعتيد رده أو اضطربت العادة كما اقتضاه ابن المقرى فلا يكون هدية ، بل أمانة فى يده كالوديعة ، ويحرم استعماله لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه إلا فى أكل الهدية منه إن اقتضته العادة عملا بها ، ويكون عارية حينئذ ويسن رد الوعاء حالا ، قال الأذرعى : وهذا فى مأكول ، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحى ، فيتجه فى كل ناحية يعرفهم وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم ، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب .

وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة (صينية) بين يدى صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم ، وفى الأسكندرية رأيت الناس يكتبون قائمة بأسماء الواهبين ومقدار ما دفعوه فى الطاسة وهم حريصون على رد ما يأخذونه فى أفراح من أعطوهم ، وربما زاد بعضهم على ما أخذ ، وفى القاهرة تفشو هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل منه فى الأسكندرية .

قال الرملى : ثم يقسم على المزين ونحوه يجرى فيه ذلك التفصيل : فإن قصد المزين وحده أو نظراءه المعاونين له عمل بالقصد ، وإن أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء . وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا ، أما مع قصد خلافه فظاهر ، وأما مع الإطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخادم وصاحب الفرح نظراً للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع ، فيقدم على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه .

قال الشافعى رضى الله عنه : إذا وهب الرجل لرجل شقصا من دار فقبضه ثم عوضه الموهوب له شيئا فقبضه الواهب سئل الواهب ، فان قال : وهبتها للثواب كان فيها شفعة ، وإن قال : وهبتها لغير الثواب لم يكن فيها شفعة ، وكانت المكافأة كابتداء الهبة ، وهذا كله فى قول من قال : للواهب الثواب إذا قال أردته فأما من قال : لا ثواب للواهب إن لم يشترطه فى الهبة فليس له الرجوع فى شيء وهبه ولا الثواب منه ، قال الربيع : وفيه قول آخر ، وإذا وهب واشترط الثواب فالهبة باطلة من قبل أنه اشترط عوضاً مجهولا ، وإذا وهب لغيره الثواب وقبضه الموهوب فليس له أن يرجع فى شيء وهبه ، وهو معنى قول الشافعى : وإذا وهب الرجل للرجل هبة فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات ، فان أبا حنيفة كان يقول : الهبة فى هذا باطل ولا تجوز وبه يأخذ ، ولايكون له وصية إلا أن يكون ذلك فى ذكر وصية ، وكان ابن أبى ليلى يقول : هى جائزة من الثلث اهـ .

فرع إذا اختلف الواهب والموهوب فقال الواهب : ببدل ، وقال الموهوب له : على غير بدل فوجهان :

(أحدهما) القول قول الواهب لأنه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل .

(والثانى) القول قول الموهوب ، لأنه المقر بالهبة والأصل فيها عدم البدل وقد إدعاه الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنكر . ولو وهبه

وأقبضه ومات فادعى الوارث صدوره فى المرض ، وادعى المتهب كونه فى الصحة صدق المتهب بيمينه ، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، ثم محل ما تقرر إن كان الولد حراً ، ولو أبراه من دين له عليه لم يملك الرجوع سواء أقلنا : انه تمليك أم اسقاط ، اذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العمرى والرقبى

العمرى هو ان يقول : اعمرتك هذه الدار حياتك ، او جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل .

(احداها) أن يقول : اعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك ، فهذه عطية صحيحة ، تصح بالايجاب والقبول ، ويملك فيها بالقبض ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه ، فانها للذى اعطيها ، لا ترجع الى الذى اعطاها ، لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث)) والثانية أن يقول : اعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشرط شيئاً ففيه قولان .

قال فى القديم هو باطل لانه تمليك عين قدر بمدة ، فاشبه اذا قال : اعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد . وقال فى الجديد : هو عطية صحيحة ، ويكون للمعمر فى حياته ولورثته بعده وهو الصحيح ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((من اعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه من بعده ، يرثها من يرثه من بعده)) ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك ، وتنتقل الى الورثة فلم يكن ما جعله له فى حياته منافياً لحكم الاملاك .

(والثالثة) ان يقول : أعمرتك حياتك ، فان مت عادت الى ان كنت حياً والى ورثتى ان كنت ميتا . فهى كالمسئلة الثانية ، فتكون على قولين .

(احدهما) تبطل . (والثانى) تصح لانه شرط ان تعود اليه بعد ما زال ملكه أو الى وارثه ، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر فى حق المعمر فيصير وجوده كعدمه .

فصـــــل وأما الرقبى فهو أن يقول : ارقبتك هذه الدار أو دارى لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه ، فان مت قبلى عادت الى ، وان مت قبلك فهى لك ، فتكون كالمسئلة الثالثة من العمرى ، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين ، وقال المزنى : الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتا وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ((أمر رقبى أو ارقب عمرى فهى للمعمر يرثها من يرثه)) .

فصـــــل ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز الا بقبول من عليه الدين ، لأنه تبرع يفتقر الى تعيين المتبرع عليه فافتقر الى قبوله ، كالوصية والهبة ، ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة ، والمذهب الاول ، لأنه اسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتـق والطـلاق ، والعفـو عن الشـفعة والقصاص ، ولا يصح الابراء من دين مجهول ، لأنه ازالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط ، فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة) .

الشرح حديثـا جابر أخرجهما أحمد والبخـارى ومسـلم بلفظ « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له » وفى لفظ عند أحمد ومسلم « قال : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فمـن أعمر عمرى فهى للذى أعمر حيأ وميتاً ولعقبـه » وفى رواية عند أحمـد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى « العمرى جائزة لأهلهـا والرقبى جائز لأهلها » .

و فى رواية لأحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه « من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها ، وهى لمن أعمر وعقبه » وفى رواية لأبى داود والنسائى والترمذى وصححه « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى من أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » وفى رواية عند أحمد ومسلم « إنما العمرى التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هى لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها » وفى رواية عند النسائى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى أن يهب الرجل للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى إن حدث بك حدث ولعقبك فهى إلىّ وإلى عقبى إنها لمن أعطيهـا ولعقبـه » ورواه

الشافعي عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن حجر المدرى عن زيد بن ثابت « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث » ورواه عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعا « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث » .

أما حديث عبد الله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبى هريرة وزيد بن ثابت وفيه النهى عن الرقبى « لا ترقبوا ، من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » وفى لفظ « الرقبى جائزة » وهى عند أحمد وأبى داود والنسائى . وفى لفظ عند أحمد « جعل الرقبى للوارث » ورواه أحمد والنسائى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته ومماته » .

قال الربيع : سألت الشافعي عمن أعمر عمرى له ولعقبه فقال : هى للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها فقلت : ما الحجة فى ذلك ؟ قال : السنة ثابتة من حديث الناس ، وحديث مالك رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن جابر مرفوعا « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » .

قال الشافعي : وبهذا نأخذ ويأخذ عامة أهل العلم فى جميع الأمصار بغير المدينة وأكابر أهل المدينة . وقد روى هذا مع جابر زيد بن ثابت عنه صلى الله عليه وسلم فقلت للشافعي : فإنا نخالف هذا فقال : تخالفونه وأنتم تروونه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : إن حجتنا فيه أن مالكا قال : أخبرنى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولا الدمشقى يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها فقال له القاسم : ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا إلى أن قال الشافعي بعد حوار وحجاج . وكذلك علمنا قول النبى صلى الله عليه وسلم فى العمرى بخبر ابن شهاب عن أبى سلمة عن جابر وغيره عن النبى صلى الله عليه وسلم فإذا قبلنا خبر الصادقين فمن روى هذا عن النبى

صلى الله عليه وسلم أرجح مما روى هذا عن القاسم لا يشك عالم أن ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أولى أن يقال به مما قاله ناس بعده قد يمكن فيهم أن لا يكونوا سمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بلغهم عنه شيء ، وأنهم أناس لا نعرفهم ، فان قال قائل : لا يقول القاسم قال الناس إلا لجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو من أهل العلم لا يجهلون النبى صلى الله عليه وسلم سنة ولا يجتمعون أبداً من جهة الرأى ولا يجتمعون إلا من جهة السنة .

(قوله) العمرى بضم العين وسكون الميم مع القصر . قال فى الفتح : وحكى ضم الميم مع ضم أوله . وحكى فتح أوله مع السكون وهى مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لأنهم كانوا فى الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له : أعمرتك إياها ، أى أبحتها لك مدة عمرك وحياتك فقيل لها عمرى لذلك . والرقبى بوزنها مأخوذة من المراقبة ، لأن كلا منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه . هذا أصلها لغة .

قال ابن حجر : ذهب الجمهور إلى أن العمرى إذا وقعت كانت ملكا للآخر ، ولا ترجع إلى الأول إلا اذا صرح باشتراط ذلك ، وإلى أنها صحيحة جائزة وحكى الطبرى عن بعض الناس والماوردى عن داود وطائفة وصاحب البحر عن قوم من الفقهاء أنها غير مشروعة ، ثم اختلف القائلون بصحتها إلى ما يتوجه التمليك ، فالجمهور أنه يتوجه إلى الرقباء كسائر الهبات حتى لو كان المعمر عبداً فأعتقه الموهوب له نفذ ، بخلاف الواهب أو يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة ، وهو قول مالك والشافعى فى القديم .

وهل يسلك بها مسلك العارية أو الوقف ؟ روايتان عند المالكية ، وعند الحنفية التمليك فى العمرى يتوجه إلى الرقبة ، وفى الرقبى إلى المنفعة ، وعنهم أنها باطلة .

وقد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال (الأول) أن يقول

أعمرتكها ويطلق . فهذا تصريح بأنها للموهوب له . وحكمها حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب . وبذلك قالت الحنفية ومالك . لأن المطلقة عندهم حكمها حكم المؤبدة . وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه والجمهور . وله قول آخر أنها تكون عارية ترجع بعد الموت إلى المالك . وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن المطلقة للمعمر ولورثته من بعده كما تفيده الأحاديث التى مضى ذكرها .

(الحال الثانى) أن يقول هى لك ما عشت ، فإذا مت رجعت إلىّ فهذه عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر . وبه قال أكثر العلماء ، ورجحه جماعة من أصحابنا ، والأصح عند أكثرهم لا ترجع إلى الواهب . واحتجوا بأنه شرط فاسد فيلغى .

واحتجوا بحديث جابر ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم حكم على الأنصارى الذى أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع إليه ، بل تكون لورثتها ونصه : « أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا : نحن فيه شرع سواء . قال : فأبى ، فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثا » رواه أحمد .

ويؤيده حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى فى العمرى مع الاستثناء بأنها لمن أعطيها » ويعارض ذلك ما فى حديث جابر أيضا بلفظ « فأما إذا قلت : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها » ولكنه قال معمر : كان الزهرى يفتى به .

(الحال الثالث) أن يقول هى لك ولعقبك من بعدك ، أو يأتى بلفظ يشعر بالتأبيد ، فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور . وروى عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف إذا انقرض المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب ، والأحاديث القاضية بأنها ذلك للموهوب ولعقبه ترد عليه وقد ورد عن على رضى الله عنه أن العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس : من أرقب شيئاً فهو على سبيل الميراث .

وقال الزهرى : الرقبى وصية ــ يعنى إذا أنا مت فهذا لك ــ وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة : الرقبى باطلة ، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم « أجاز العمرى وأبطل الرقبى » وقال أحمد : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه .

والخلاصة :

إذا شرط فى العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته ، وهذا قول جميع القائلين بها ، وإذا أطلقها فهى للمعمر وورثته أيضاً لأنها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة ، فإن شرط أنك إذا مت فهى لى ، فعن أحمد فى إحدى الروايتين عنه والشافعى فى القديم والقاسم ابن محمد وزيد بن قسيط والزهرى ومالك وأبى سلمة بن عبد الرحمن وابن أبى ذئب وأبى ثور وداود : صحة العقد والشرط ، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر .

وعن الشافعى فى الجديد وأبى حنيفة أنها تكون للمعمر ، وهى الرواية الأخرى عن أحمد وهو ظاهر مذهبه إن شاء الله .

إذا ثبت هذا فإن العمرى تصح فى العقار وغيره من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فى ذلك كسائر الهبات .

ومن ثم إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضى الزمان شيئاً فشيئاً ، فلا تلزم إلا فى قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبى والثورى والنخعى والشافعى وإسحاق وأحمد وأصحاب الرأى ، وروى معنى ذلك عن حفصة رضى الله عنها ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فــرع يقوم بعض ذوى البر والإحسان أو بعض وزارات الشئون الاجتماعية باقامة منازل تؤوى الزمنى والعجزة والمشــيخة الفانيــة والذين لا يجدون عائلا يسد خلتهم ويجرون عليها من الأرزاق ما يقوم بأود النازلين فى هذه المنازل فمن كان من هؤلاء النزلاء مليئاً أو قادراً أو له من بنيه من يجب عليه الإنفاق عليه وكانت شروط حبس هذه المنازل على ذوى الحاجة من المساكين حرم على النزيل القادر رزقها ونومها والعيش بها وكان ما يأكله منها سحتاً ، لأخذه ما لم يحبس على مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الوصـــــايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها الى من يصلح لهـا ، ((لان ابا بكر رضى الله عنه وصى الى عمر ووصى عمر رضى الله عنه الى أهـل الشورى رضى الله عنهم ورضيت الصحابة رضى الله عنهم بذلك)) .

فصـــل ومن ثبتت له الولاية فى مال ولده ولم يكن له ولى بعده جاز له أن يوصى الى من ينظر فى ماله لما روى سفيان بن عيينة رضى الله عنه عن هشام بن عروة قال : ((أوصى الى الزبير تسعة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم منهم عثمان ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسـعود رضى الله عنهم ، فكان يحفظ عليهم أموالهم ، وينفق على أبنائهم من ماله)) وان كان له جد لم يجز أن يوصى الى غيره لان ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية) .

الشرح الوصايا جمع وصية كعطايا وعطية مأخوذة من قولهـم : وصَيت الشيء أصِيه ُ من باب وعد وصلته؛ووصيت إلىفلان توصيةوأوصيت إليه إيصاء ، وفى السبعة (فمـن خاف من موص) بالتخفيف والتثقيل ، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وهو وصى فعيـل بمعنى مفعـول والجمع الأوصياء وأوصيت إليه بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه . وهذا المعنى لا يقتضى الإيجاب ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها . قال تعالى « ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون »[1]وقوله« يوصيكم اللهفى أولادكم» أى يأمركم . وفى حديث « خطب رسـول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى بتقوى الله » أى أمر فيعم الأمر بأى لفظ كان ، وهى فى الشرع عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت .

---

(١) الآية ١٥٣ من سورة الأنعام .

والوصية فى الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها . والوصية بالمال التبرع به بعد الموت ، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع . وأما الزبير فإنه ابن عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحد العشرة المبشرين بالجنة . وأحد الستة الذين مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عنهم راض ، وكان مع النبى صلى الله عليه وسلم على حراء فتحرك فقال « اسكن حراء فما عليك إلا نبى أو صديق أو شهيد ، وكان عليه أبو بكر وعمر وعثمان وطلحة والزبير » .

وخبر ابن عيينة الذى ساقه المصنف رويناه فى مسند أحمد عن سفيان ابن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه قال : « أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن ، فكان ينفق على الورثة من ماله ، ويحفظ أموالهم » ومناقب الزبير أجل من أن تحصى ، ساق الذهبى بعضها فى سير أعلام النبلاء .

قال تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية »[1] إلخ الآية ، قال مجاهد : الخير فى القرآن كله المال (وإنه لحب الخير لشديد)[2] (إنى أحببت حب الخير عن ذكر ربى)[3] (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)[4] وقال شعيب (انى أراكم بخير)[5] أى بغنى وأوجه ما قيل فى الخير فى القرآن ما قاله الشافعى رضى الله عنه : الخير كلمة يراد ما أريد بها بالمخاطبة بها .

قال تعالى « أولئك خير البرية »[6] فقلنا : إنهم خير البرية بالإيمان وعمل الصالحات لا بالمال ، وقال تعالى « أولئك لهم خير » فقلنا : إن الخير

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) الآية ٨ من سورة العاديات
(٣) الآية ٣٢ من سورة ص
(٤) الآية ٣٢ من سورة النور
(٥) الآية ٨٤ من سورة هود
(٦) الآية ٧ من سورة البينة .

المنفعة بالأجر لا أن لهم مالا ، وقال « ان ترك خيراً الوصية » [1] فقلنا : أن ترك مالا ، لأن المال هو المتروك . وفى الوصية للأقربين ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنهم الأولاد الذين لا يسقطون فى الميراث دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون .

(والثانى) أنهم الورثة من الأقارب كلهم .

(والثالث) أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين حقا واجباً وفرضاً لازما ، فلما أنزلت آية المواريث نسخ فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقى فرض الوصية لغير الورثة من الأقربين على حاله ، وهو قول طاوس وقتادة والحسن البصرى وجابر بن زيد .

واختلف فى القدر الذى يجب عليه أن يوصى منه على أقاويل .

(أحدها) أنه ألف درهم ، وهو قول على بن أبى طالب (والثانى) خمسمائة وهذا قول النخعى (والثالث) تجب فى قليل المال وكثيره ، وهذا قول الزهرى فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتاً ، وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالمواريث ، واختلفوا بأى آية نسخت ، فقال ابن عباس : نسخت بآية الوصايا لقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك » الخ . وقال آخرون نسخت بقوله تعالى « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » [2] الآية وقال بعضهم نسخت بحديث (لا وصية لوارث) عند من يجيز النسخ بالسنة .

والوصية على ثلاثة أقسام : قسم لا يجوز وقسم يجوز ولا يجب ، وقسم مختلف فى وجوبه . فأما التى لا يجوز فالوصية للوارث لحديث شرحبيل ابن مسلم عن أبى أمامة سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة .
(٢) الآية ٧٥ من سورة الأنفال .

تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » أما التى تجوز ولا تجب فالوصية للأجانب وهذا مجمع عليه « وقــد أوصى البراء بن معرور للنبى صلى الله عليه وسلم بثلث ماله فقبله ثم رده على ورثتــه » أما التى اختلف فيها فالوصية للأقارب ، وذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره فى تفســير الآية إلى وجوبهــا للأقارب تعلقا بظاهر قوله تعالى : « الوصــية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » (١) وبما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية » والدليل على أنها غير واجبة للأقارب والأجانب ، ما روى ابن عباس وعائشــة وابن أبى أوفى رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوص ، وحديث سعد بن أبى وقاص الذى فيه « إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس » فاقتصر صلى الله عليه وسلم فى الوصية على ماجعله خارجاً مخرج الجواز لا مخرج الإيجاب ثم بين أن غنى الورثة بعــده أولى مــن فقــرهم إلى الصــدقة ، ولأن الوصية لو وجبت لأجــبر عليها ولأخــذت من ماله عند موته إن امتنع منها كالديون والزكوات ، ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات ، فأما الآية فمنع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرهما فيه دليــل على نسخها .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « من مات من غير وصــية مات ميتــة جاهلية » فمحمول على أحد أمرين : إما وجوبها قبل النسخ ، وإما على من كانت عليه ديون وحقوق لا يوصل إلى أربابها إلا بالوصية ، فتصير الوصية بذكرها وأدائها واجبة ويجوز الوصية بتعيين الناظر فى ماله بعد موته ، فإن كان له أب أو جد لم يجز أن يعهد إلى غيره بالنظر ، لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع .

الحكم بتواتر حديث (لا وصية لوارث)

هــذا الحديث ورد الحــكم بتواتره فى الأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة حيث يحكم بأن الحديث الذى بلغ عدد رواته من الصحابة عشرة

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة

متواتر وهذا الحديث جاء عن أكثر من عشرة من الصحابة حيث جاء من حديث أبى أمامة وأنس وعمرو بن خارجة وعلى وابن عباس وابن عمر ومعقل بن يسار ، وخارجة بن عمر وجابر بن عبد الله وزيد بن أرقم والبراء ابن عازب وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن مرسل مجاهد وعمرو ابن دينار وأبى جعفر الباقر .

قال الشافعى رحمه الله : إن هذا المتن متواتر وقال : وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح « لا وصية لوارث » ويأثرونه عمن يحفظونه ممن لقوه من أهل العلم فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد .

فرع فى مذاهب العلماء فى القول بنسخ آية الوصية .

(الظاهرية) قال أبو محمد بن حزم : قال قوم : إن آيات المواريث نسخت قوله تعالى « إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » (١) وهذا خطأ محض لأن النسخ هو رفع حكم المنسوخ ومضاد له ، وليس فى آية المواريث ما يمنع الوصية للوالدين والأقربين إذ جائز أن يرثوا ويوصى لهم مع ذلك من الثلث .

(أبو مسلم الأصفهانى) نقل الفخر الرازى عن أبى مسلم الأصفهانى أن الآية محكمة غير منسوخة وقرر مذهبه بوجوه :

(أولا) إن هذه الآية ليست مخالفة لآية المواريث بل هى مقررة كلها والمعنى كتب أن ما أوصى به من توريث الوالدين والأقربين فى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم » (٢) إذ كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين والأقربين بتنفيذ ما أوصى الله لهم به ، بمعنى أن يوصى بتنفيذ الميراث .

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) الآية ١١ من سورة النساء

(ثانياً) لا منافاة بين ثبوت الوصية للأقرباء وثبوت الميراث ، فالوصية عطية من حضره الموت والميراث عطية من الله . فالوارث جمع بين الوصية والميراث بحكم الآيتين .

(ثالثاً) لو ثبت حصول المنافاة بين آية الميراث وآية الوصية لكان يمكن جعل آية الميراث مخصصة لآية الوصية ، لأن هذه الآية تفهم بعمومها أن الوصية واجبة لكل قريب ، وآية الميراث أخرجت القريب الوارث فبقيت آية الوصية مراداً بها القريب الذى لا يرث إما لمانع من الإرث ككفر ورق وإما لأنه محجوب بأقرب منه ، وإما لأنه من ذوى الأرحام .

(ابن جرير الطبرى) فرض عليكم أيها الموصون الوصية إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً ــ والخير المال ــ للوالدين والأقربين الذين لا يرثون بالمعروف ، والمعروف هو الذى أذن الله فيه وأجازه فى الوصية ، ولم يتعمد الموصى ظلم ورثته (حقا على المتقين) [1] يعنى فرض عليكم هذا وأوجبه وجعله حقا واجباً على كل من اتقى فأطاعه أن يعمل به ثم قال الطبرى : فإن قال قائل : أو فرض على الرجل ذى المال أن يوصى لوالديه وأقربيه الذين لا يرثون ؟ قيل : نعم وقد نقل مثل ذلك عن جماعة من العلماء منهم الضحاك كما سبق ، ومنهم مسروق فقد حضر رجلا وصى بأشياء لا تنبغى فقال له مسروق : إن الله قسم بينكم فأحسن القسم ، وأنه من يرغب برأيه عن رأى الله يضله أوص لذى قرابتك ممن لا يرثك ثم دع المال على ما قسمه الله عليه .

(الأستاذ عبد المتعال الجبرى) [2] يقول : ويجوز أن يكون الوصية الواجبة مع نصاب الميراث المفروض هى التى تكون حين يكون مال من حضرته الوفاة كثيراً لقوله تعالى « إن ترك خيراً الوصية للوالدين

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة

(٢) هو أخ لنا امتحن معنا بالسجن والتعذيب فى حكم عبد الناصر حتى فك الله أسره معنا وهو متخرج فى كلية دار العلوم وصناعته التدريس وكتابه (النسخ فى الشريعة الاسلامية كما افهمه) ومنه نقلته .

والأقربين » ورفضت عائشة أن تكون الأربعمائة دينار فى عهدها خيراً يوصى منه كما رفض على بن أبى طالب القول بإيجاب الوصية على من ترك سبعمائة أو ستمائة درهم،لأن هذه المبالغ ضئيلة غير جديرة باطلاق لفظ خيرعليهافىسياق التكثير ، ويكون حديث « لا وصية لوارث » ليس على إطلاقه خلافا لمن قال بوجوب الوصية فيما قل أو كثر للوالدين والأقربين ، وقد قال النخعى : إن الخير هو ألف درهم إلى خمسمائة درهم هذا فى باب الوصية بالمال ، ولم تحدد الآية ذلك ، فإذا كانت الوصية بغيره فلا يمانع فيها أحد .

(شمس الأئمة الحنفى) قال : إن المنتفى من الوصية بآية الميراث هو وجوب الوصية لا جوازها فالجواز نسخ بالحديث .

(الشيخ محمد عبده) قال : لا دليل على أن آية المواريث بعد آية الوصية هنا كما أن السياق ينافى النسخ فإن الله إذا شرع للناس حكما وعلم أنه مؤقت وأنه سينسخه بعد زمن قريب فإنه لا يؤكده ويوثقه بمثل ما أكد به أمر الوصية هنا من كونه حقا على المتقين ومن وعيد من بدله .

قال : وجوز بعض السلف الوصية للوارث نفسه بأن يخص بها من يراه أحوج من الورثة كأن يكون بعضهم غنياً والآخر فقيراً . ولنا أن نقول : إن علماء الأمة وأئمة السلف يقولون : الوصية التى فى الآية مشروعة ولكن منهم من يقول بعمومها ، ومنهم من يخصصها بغير الوارث فحكمها إذن لم يبطل فما هذا الحرص على إثبات نسخها مع تأكيد الله إياها . إن هذا تأثير التقليد (المنار جـ ٢ ص ١٣٦) .

(أمير باه شاه) فى تيسير التحرير : إن الله فرض الوصية إلى العباد أولا بقوله « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » [١] الآية،ثم تولى ذلك فقال : « يوصيكم الله فى أولادكم » [٢] الآيات . وقصر الإيصاء على حدود معلومة من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس ، فكان كمن

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) الآية ١١ من سورة النساء

وكل غيره بعمل ثم عمله بنفسه ، فليس هذا من قبيــل النســخ ، وكما فى البخارى عن ابن عباس أن الذى نسخ آية الوصية ، هو آية الرأى ، فإذا قام الدليل القاطع على أنه لا يصلح ناسخاً يجب العمل بموجبه ، فإن قــول الصحابى فيما يجرى فيه الرأى ليس بحجة على المجتهد .

(ابن الجــارود) قال : لقد تكلم ناقدو الحديث فى بعض رجال حديث لا وصية لوارث ، وقد يكون هذا الإسناد هو الذى يشــير الشــافعى إلى جهالة بعض رواته (الرسالة للشافعى) ص ١٤١ بالتعليق ، وكذلك أفاده الجابرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **ومن ثبت له الولاية فى تزويج ابنته ، لم يجز أن يوصى الى من يزوجها ، وقال أبو ثور : يجوز كما يجوز ان يوصى الى من ينظر فى مالها ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال : « زوجنى قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان ابن مظعون ، فاتى قدامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا عمها ووصى ابيها ، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر ، فقال صلى الله عليه وسلم : انهــا يتيمة لا تنكح الا باذنها » ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر فى المال مع وجود الجد .**

فصـــــل **ومن عليه حق يدخله النيابة من دين آدمى أو حج او زكاة أو رد وديعة جاز ان يوصى الى من يؤدى عنه ، لأنه اذا جاز أن يوصى فى حــق غيره فلان يجوز فى خاصة نفسه اولى) .**

الشرح حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطنى وأورده الحافظ ابن حجر فى التخليص وسكت عنه ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات ويؤخذ من الحديث الذى نسوقه كاملا أن النبى صلى الله عليه وسلم « أبطل وصية عثمان بن مظعون لأخيه قدامة فى ابنته » قال ابن عمر : « توفى عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة ابن الأوقصى وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون » .

قال عبد الله : وهما خالاى ، فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان

ابن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبة يعنى إلى أمها فأرغبهـا فى المال ، فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخى أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها فى الصلاح ولا فى الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هى يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها ، قال : فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة » والحديث دليل على أن الولى لا يجوز له أن يوصى إلى أخ له أو غيره لتزويجها خلافاً لأبى ثور الذى جعل الوصية إلى من ينظر فى تزويجها كالوصية إلى من ينظر فى مالها ، والحديث صريح وقول أبى ثور خطأ ، ولأن استحقاق الولاية فى النكاح لا يتأسس بوصية ، وسيأتى تفصيل ذلك فى أبواب المناكحات إن شاء الله .

فــرع إذا كان عليه دين دنيوى من حقوق الآدميين أو دين أخروى من حقوق الله تعالى فإنه يجوز له أن يوصى إلى من يتولى الأداء عنه لأنه إذا كان يجوز له أن يوصى فى أداء حقوق غيره فلأن يوصى لمن يؤدى ما يتعلق بخاصة نفسه أولى .

وقال بعض الأصحاب بوجوب الوصية فى مثل من عليه دين أو عنـده وديعة أو عليه واجب يوصى بالخـروج منـه ، فإن الله تعـالى فرض أداء الأمانات ، وطريقه فى هذا الباب الوصية فتكون فرضاً عليه وأما الوصـية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد فى قـول الجمهـور ، وبذلك قال الشعبى والنخعى والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصـية غير واجبة إلا على مـن عليـه حقوق بغير بينة ، وأمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت فأوجبتها والله تعـالى أعلم) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ومن ملك التصرف فى ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه فى وجوه البر ، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال : « مرضت مرضا اشرفت منه على الموت فاتانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى فقلت : يا رسول الله لى مال كثير وليس يرثنى الا ابنتى ، افاتصــدق بمــالى كله ؟ قال : لا ، قلت : اتصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا ، قلت : اتصدق بالشــطر ؟ قال : لا ، قلت : اتصدق بالثلث ، قال : والثلث كثير انك ان تترك ورثتك اغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » ولا يجب ذلك لقوله تعالى : « واولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهــاجرين ؛ الا ان تفعــلوا الى اوليائكم معروفا » (١) وفسر بالوصية فجعل ذلك اليهم ، فدل على انها لا تجب، ولانه عطية لا تلزم فى حياته فلم تلزم الوصية به قياسا على ما زاد على الثلث .

فصــــل وان كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفى الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم « والثلث كثير انك ان تترك ورثتك اغنيـــاء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقــراء فدل على ان المستحب أن لا يستوفى الثلث . وعن على رضى الله عنه انه قال : « لان اوصى بالخمس احب الى من ان أوصى بالثلث » وان كان الورثة اغنيــاء فالمستحب أن يستوفى الثلث لانه لما كــره الثلث اذا كانوا فقــراء دل على انه يستحب اذا كانوا اغنياء ان يستوفيه) .

الشرح حديث عامر بن سعد بن أبى وقاص رواه الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت : يا رسول الله إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنــة لى أفأتصــدق بثلثى مالى ؟ قال : لا ، قلت : فالشــطر يا رسول الله ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وفى رواية أكثرهم « جاءنى يعودنى فى حجة الوداع » وفى لفظ « عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرضى فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم ؟ قلت : بمالى كله فى سبيل الله ، قال : فما تركت لولدك ؟ قلت : هم

---

(١) الانفال : الآية ٧٠

أغنياء ؛ قال : أوص بالعشر . فما زال يقول وأقول حتى قال : أوص بالثلث، والثلث كثير أو كبير » رواه النسائى وأحمد بمعناه إلا أنه قال « قلت : نعم جعلت مالى كله فى الفقراء والمساكين وابن السبيل » ورواه الشافعى عن سفيان عن الزهرى عن عامر بن سعد عن أبيه بلفظ : مرضت عام الفتح ، وساق الحديث .

أما قوله تعالى : « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » الآية [1] قيل : إنه أراد بالمؤمنين الأنصار وبالمهاجرين قريشا ، وفيه قولان :

(أحدهما) أنه ناسخ للتوارث بالهجرة . حكى سعيد عن قتادة قال : كان نزل فى سورة الأنفال « والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا » فتوارث المسلمون بالهجرة ، فكان لا يرث الأعرابى المسلم من قريبه المسلم شيئاً حتى يهاجر ، ثم نسخ ذلك . وفى هذه الآية « وأولوا الأرحام » [1] الخ .

(الثانى) أن ذلك ناسخ للتوارث بالحلف والمؤاخاة فى الدين ، روى هشام بن عروة عن أبيه عن جده : (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وذلك أنا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمنا ولا أموال لنا ، فوجدنا الأنصار نعم الأخوان فآخيناهم فأورثونا وأورثناهم ، فآخى أبو بكر خارجة بن زيد ، وآخيت أنا كعب بن مالك ، فجئت فوجدت السلاح قد أثقله ، فوالله لقد مات عن الدنيا ما ورثه غيرى حتى أنزل الله هذه الآية فرجعنا إلى موارثنا .

وثبت عن عروة أن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين الزبير وبين كعب ابن مالك فارتث كعب يوم أحد ، فجاء الزبير يقوده بزمام راحلته ، فلو مات يومئذ كعب عن الضح والريح لورثه الزبير ، فأنزل الله تعالى الآية ، فبين تعالى أن القرابة أولى من الحلف ، فتركت الوراثة بالحلف وورثوا بالقرابة .

---

(1) الأنفال : الآية ٧٥

قال ابن العربى : وأولو الأرحام بالإجماع لأن ذلك يوجب تخصيصا ببعض المؤمنين ، ولا خلاف فى عمومها ، وهذا حل إشكالها .

وأما أثر على كرم الله وجهه فإنه يفيد استحباب النقص عن الثلث وهو من فقهه الذى لا يخلو من استمداد صحيح واتصال صريح وهدى لا ريب فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم وبهذا الفقه أخذ الشافعى رضى الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم « الثلث والثلث كثير » ولحديث ابن عباس قال « لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الثلث كثير » رواه أحمد والبخارى ومسلم ، وقد أخذ ذلك من وصفه صلى الله عليه وسلم للثلث بالكثرة ، ويبدو أن (أو) التى جاءت بين كثير وكبير جاءت من الراوى بعد عهد الترقيم لأن ورود (كبير) هكذا بغير إعجام تقرأ (كبير) وتقرأ (كثير) فخروجاً من حرج أن اللفظ النبوى أحدهما وضع اللفظان مفصولين بأو وكثير من الرواة يعتمدون على كتبهم أكثر مما يعتمدون على السماع والتحديث والمشافهة والله أعلم .

أما الأحكام فإن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به وسواء كان المال عيناً أو ديناً حاضراً أوغائبا معلوما أو مجهولا مشاعا أومحوزاً وتقدر الوصية بالثلث ، وليس للموصى الزيادة عليه لحديث سعد « الثلث والثلث كثير » وإن نقص من الثلث جاز ، وأولى الأمرين به أن يعتبر حال الورثة ، فإن كانوا فقراء كان النقصان من الثلث أولى به من استيعاب الثلث لقول على كرم الله وجهه « لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث » وقد أورده الماوردى فى الحاوى الكبير عن رواية أخرى « لأن أوصى بالسدس أحب إلى من أن أوصى بالربع ، وبالربع أحب إلى من الثلث » .

وإن كان ورثته أغنياء وكان فى ماله سعة فاستبقاء الثلث أولى به . وقد قال عمر رضى الله عنه : الثلث وسط ، لا بخس ولا شطط . ولو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره ، ومع فقر الورثة وغناهم ، وصغيرهم وكبيرهم ، كانت وصيته ممضاة له .

فأما الزيادة على الثلث فهو ممنوع منها في قليل المال وكثيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم منع سعداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظرت فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجارته ورده . فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث ، وان أجازها صحت . ثم فيها قولان .

(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض ، وله فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وينبغى لمن راى المريض يجنف فى الوصية ان ينهاه لقـــوله تعالى ((وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا شديداً)) (١) قال اهل التفسير : اذا راى المريض يجنف على ولده ان يقول : اتق الله ولا توص بمالك كله ، ولان النبى صلى الله عليه وسلم نهى سعداً عن الزيادة عن الثلث .**

فصـــل **والافضل ان يقدم ما يوصى به من البر فى حياته لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال : ((سئل رسول الله صلى الله عليه وســـلم اى الصدقة افضل ؟ قال : ان تتصدق وانت صحيح شحيح تامل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت : لفلان كذا ولفلان كذا)) ولانه لا يامن اذا وصى به ان يفرط به بعد موته فان اختار أن يوصى فالمســـتحب ان لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((ما حق امرىء مسلم عنده شىء يوصى يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده)) ولانه اذا اخر لم يامن أن يموت فجاة فتفوته .**

فصـــل **واما من لا يجوز تصرفه فى المال ـ فان كان ممن لا يميـــز كالمعتوه والمبرسم ومن عاين الموت ـ لم تصح وصيته لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز ، ولهذا لا يصح اسلامه ، ولا توبته ، فلم تصـــح وصيته ، فان كان صبياً مميزاً أو بالغاً مبذراً ففيه قولان .**

---

(١) النساء : ٩

(أحدهما) لا تصح وصيته ، لأنه تصرف فى المال فلم يصح من الصبى والمبذر كالهبة .

(والثانى) تصح ، لأنه انما منع من التصرف خوفا من اضاعة المال وليس فى الوصية اضاعة المال ، لأنه ان عاش فهو على ملكه ؛ وان مات لم يحتج الى غير الثواب ، وقد حصل له ذلك بالوصية) .

الشرح قوله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم » الآية فى هذه الآية وجهان كل وجه لا يطرد فى كل الناس ، لأن الناس منهم من يصلح لهم أن يكون معنى الآية ما روى عن سعيد بن جبير : إذا حضر الرجل الوصية فلا ينبغى أن يقول أوص بمالك ، فإن الله تعالى رازق ولدك ، ولكن يقول : قدم لنفسك واترك لولدك ، فذلك قوله تعالى : « فليتقوا الله » ومنهم من يصلح له ما قال مقسم وحضرمى : نزلت فى عكس هذا ، وهو أن يقول للمحتضر من يحضره : أمسك على ورثتك ، وأبق لولدك ، فليس أحد أحق بمالك من أولادك ، وينهاه عن الوصية فيتضرر بذلك ذوو القربى وكل من يستحق أن يوصى له ، فقيل لهم ، كما تخشون على ذريتكم وتسرون بأن يحسن إليهم فكذلك سددوا القول فى جهة المساكين واليتامى ، واتقوا الله فى ضررهم .

وهذان القولان مبنيان على وقت وجوب الوصية قبل نزول آية المواريث وأحسن ما قيل فيها ما حكاه الشيبانى قال : كنا على قسطنطينية فى عسكر مسلمة بن عبد الملك فجلسنا يوماً فى جماعة من أهل العلم فيهم ابن الديلمى فتذاكروا ما يكون من أهوال آخر الزمان . فقلت له : يا أبا بشر ، ودى ألا يكون لى ولد . فقال لى : ما عليك ، ما من نسمة قضى الله بخروجها من رجل إلا خرجت أحب أو كره ، ولكن إن أردت أن تأمن عليهم فاتق الله فى غيرهم. ثم تلا الآية .

وقوله « يجنف » من جنف يجنف كسمع يسمع إذا جار ، والاسم منه جنف وجانف ، قال الأعشى :

تجانف عن حجر اليمامة ناقتى ... وما قصدت من أهلها لسوائكا

ومنه قوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً » [1] قال الشاعر :

هم المولى وإن جنفوا علينا وإنا من لقائهم لزور

وقال لبيد :

إنى امرؤ منعت أرومة عامر ضيمى وقد جنفت على خصومى

وقال تعالى « فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم » [2] أى مائل اليه.

روى أبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الرجل أو المرأة ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران فى الوصية فتجب لهما النار » وترجم النسائى الصلاة على من جنف فى وصيته.

أخبرنا على بن حجر أنبأنا هشيم عن منصور ـ وهو زاذان ـ عن الحسن بن سمرة عن عمران بن حصين رضى الله عنه أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب من ذلك وقال « لقد هممت ألا أصلى عليه » ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » وأخرجه مسلم بمعناه إلا أنه قال فى آخره وقال قولاً شديداً بدل قوله « لقد هممت ألا أصلى عليه » .

قال الماوردى فى تأويل قوله تعالى : جنفا أو إثما ثلاثة أقاويل (أحدها) أن الجنف الميل ، والاثم أن يأثم فى أثرة بعضهم على بعض ، وهذا قول عطاء وابن زيد (والثانى) أن الجنف الخطأ والاثم العمد ، وهذا قول السدى (والثالث) أنه الرجل يوصى لولد بنيه وهو يريد بنيه . وهذا قول طاوس . فالإضرار فى الوصية أن يوصى بأكثر من الثلث ، والإضرار فى الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر منه .

---

(١) الآية ١٨٢ من سورة البقرة
(٢) الآية ٣ من سورة المائدة

وقد روى عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الإضرار فى الوصية من الكبائر ، وقال تعالى « ووصى بها إبراهيم بنيه » الآية .

والأفضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته ، لحديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الصدقة أفضل ؟ قال : أن تنصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا » .

وقد أخرج هذا الحديث الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذى ، ورواه أحمد فى مسنده ولفظه فى أكثرها « جاء رجل فقال : يا رسول الله : أى الصدقة أفضل أو أعظم أجراً ؟ قال : أما وأبيك لتفتأن أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان » .

وقوله « لتفتأن » بالبناء لما لم يسم فاعله من الفتيا ، وفى نسخه لتنبأن من النبأ وقوله « أن تصدق » بتخفيف الصاد على حذف إحدى التاءين ، وأصله أن تتصدق والتشديد على الادغام .

وقوله « شحيح » قال صاحب المنتهى : الشح بخل مع حرص ، وقال الخطابى فيه أن المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه ، وأن سخاوته بالمال فى مرضه لا تمحو عنه سمة البخل ، فلذلك شرط صحة البدن فى الشح بالمال لأنه فى الحالتين يجد للمال وقعاً فى قلبه لما يأمله من البقاء فيحذر معه الفقر .

قال ابن بطال وغيره : لما كان الشح غالباً فى الصحة فالسماح فيه بالصدقة أصدق فى النية وأعظم للأجر بخلاف من يئس من الحياة ورأى مصير المال لغيره .

وقوله « حتى إذا بلغت الروح الحلقوم » أى قاربت بلوغه ، إذ لو بلغت حقيقة لم يصح شىء من تصرفاته ، والحلقوم مجرى النفس .

وقوله « قلت لفلان كذا » قال ابن حجر : الظاهر أن هذا المذكور على سبيل المثال ، وقال الخطابى ، فلان الأول والثانى الموصى له ؛ وفلان الأخير الوارث لأنه إن شاء أبطله وإن شاء أجازه ؛ والمقصود أن الحديث يدل على أن تنجيز وفاء الدين والتصدق فى حال الصحة أفضل منه حال المرض لأنه فى حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالباً لما يخوفه به الشيطان ويزينه له من الأمل فى الحياة والحاجة إلى المال ، قال تعالى « الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء ، والله يعدكم مغفرة منه وفضلا » (١) وفى معنى الحديث قوله تعالى « وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتى أحدكم الموت » الآية (٢) ، وفى معنى الحديث أيضاً ما أخرجه الترمذى باسناد حسن وصححه ابن حبان عن أبى الدرداء مرفوعا « مثل الذى يعتق ويتصدق عند موته ، مثل الذى يهدى إذا شبع » .

وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شىء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » ورواه الشافعى بلفظ « ما حق امرىء يؤمن بالوصية » أى يؤمن بأنها حق كما حكاه ابن عبد البر عن ابن عيينة ، ورواه ابن عبد البر والطحاوى بلفظ « لا يحل لامرىء مسلم له مال » وقال الشافعى : معنى الحديث ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، وكذا قال الخطابى ، قوله : مسلم . قال ابن حجر فى فتح البارى : هذا الوصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له أو ذكر للتهييج لتقع المبادرة إلى الامتثال لما يشعر به من نفى الإسلام عن تارك ذلك .

ووصية الكافر جائزة فى الجملة . وحكى ابن المنذر فيه الإجماع .

قوله : يبيت صفة لمسلم . قوله ليلتين فى رواية للبيهقى وأبى عوانه : ليلة أو ليلتين ، ولمسلم والنسائى ثلاث ليال ، واختلاف الروايات فى هذا يدل على أنه للتقريب لا للتحديد ، والمعنى لا يمضى عليه زمان وإن كان قليلا

---

(١) الآية ٢٦٨ من سورة البقرة

(٢) الآية ١٠ من سورة المنافقون

إلا ووصيته مكتوبة ، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير ، وكأن الثلاث غاية التأخير ، ولذلك قال ابن عمر رضى الله عنه لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتى عندى ، وفى تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح فى إرادة المبالغة ، أى لا ينبغى أن يبيت زمناً ما وقد سامحناه فى الليلتين والثلاث ، فلا ينبغى له أن يتجاوز ذلك . اما قوله : المبرسم وهو الذى اصيب بعلة الورم فى الدماغ يصاب صاحبه بصداع وكراهية للضوء وزوال للعقل ، وقيل : إنه الموت لأن بر بالسريانية الابن والسام الموت ، ومنه حديث « شفاء من كل داء إلا السام ، قيل : وما السام ؟ قال : الموت » .

اذا ثبت هذا فإن الوصايا تشتمل على أربعة شروط وهى موصى وموصى له وموصى به وموصى إليه ، فأما الفصل الأول وهو الموصى فمن شرطه أن يكون مميزاً حراً ، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته فى ماله مسلما كان أو كافراً ، فأما المجنون فلا تصح وصيته لأنه غير مميز وأما الصبى فإن كان طفلا غير مميز فوصيته باطلة ، وإن كان مراهقاً ففى جواز وصيته قولان :

(أحدهما) لا تجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، واختاره المزنى لارتفاع القلم عنه كالمجنون . لأن الوصية عقد فأشبهت سائر العقود .

(والقول الثانى) وبه قال مالك إن وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزرقى قال : « سئل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن غلام يافع من غسان وصى لبنت عمه وله عشر سنين ، وله وارث ببلد آخر ، فأجاز عمر رضى الله عنه وصيته » ولأن المعنى الذى لأجله منعت عقوده هو المعنى الذى أمضيت وصيته لأن الحظ له فى منع العقود لأنه لا يتعجل بها نفعاً ، ولا يقدر على استدراكها إذا بلغ والحظ له فى إمضاء الوصية ، لأنه إن مات فله ثوابها وذلك أحظ له من تركه على ورثته ، وإن عاش وبلغ قدر على استدراكها والرجوع فيها ، فعلى هذا لو أعتق فى مرضه أو حابى أو وهب ففى صحة ذلك وجهان :

(أحدهما) صحيح ممضى لأن ذلك وصية يعتبر من الثلث .

(والوجه الثانى) أنه باطل مردود لأن الوصية يقدر على الرجوع فيها إن صح ، والعتق والهبة لا يقدر على الرجوع فيها إن صح .

فأما وصية المحجور عليه بالسفه ، فإن قيل بجواز وصية الصبى فوصية السفيه أجوز ، وإن قيل ببطلان وصية الصبى بابطال عقوده بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده ، وأما المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت ، وإن أمضوها جازت ، فإن قلنا : حجر الفلس كحجر المرض صحت ، وإن قلنا : إنه كحجر السفيه كان على وجهين ، فأما العبد فوصيته باطلة ، وكذلك المدبر وأم الولد والمكاتب لأن السيد أملك منهم لما فى أيديهم . فأما الكافر فوصيته جائزة ذمياً كان أو حربياً إذا أوصى بمثل ما يوصى به المسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وأما اذا وصى بما زاد على الثلث ، فان لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث للمسلمين ، ولا مجيز له منهم فبطلت فان كان له وارث ففيه قولان :**

(أحدهما) أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لان النبى صلى الله عليه وسلم ((نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث)) والنهى يقتضى الفساد ، وليست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث .

(والثانى) أنها تصح وتقف على اجازة الوارث ، فان أجاز نفذت ، وان ردها بطلت ، لان الوصية صادفت ملكه ، وانما يتعلق بها حق الوارث فى الثانى فصحت ووقفت الاجازة كما لو باع ما فيه شفعة ، فان قلنا : على انها باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الايجاب والقبول باللفظ الذى تنعقد به الهبة ، ويعتبر فى لزومها القبض ، وان كان الوصية عتقا لم يصح الا بلفظ العتق ، ويكون الولاء فيه للوارث ، وان قلنا : انها تصح كانت الاجازة امضاء لما وصى به الموصى وتصح بلفظ الاجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو ، فان كانت الوصية عتقاً كان الولاء للموصى ، ولا يصح الرد والاجازة الا بعد الموت لانه لا حق له قبل الموت فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع .

فصــــل فان اجاز الوارث ما زاد على الثلث ، ثم قال : اجزت لانى ظننت ان المال قليل وان ثلثه قليل ، وقد بان انه كثير لزمت الاجازة فيما علم والقول قوله فيما لم يعلم مع يمينه ، فاذا حلف لم يلزمه لان الاجازة فى احـد القولين هبة ، وفى الثانى اسقاط ، والجميع لا يصح مع الجهل به . وان وصى بعبد فاجازه الوارث ثم قال : اجزت لانى ظننت ان المال كثير ، وقد بان انه قليل ففيه قولان :

(احدهما) ان القول قوله كالمسئلة قبلها .

(والثانى) انه يلزمه الوصية لانه عرف ما اجازه ويخالف المسئلة قبلها فان هناك لم يعلم ما اجازه) .

الشرح الأحكام : الزيادة على الثلث ممنوع منها فى قليل المـال وكثيره لحديث سعد الذى مضى تخريجه وبيان طرقه الذى منع سعداً مـن الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظر ، فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازته ورده ، فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث ، وإن أجازها صحت ، ثم فيها قولان :

(أحدهما) أن إجازة الوارث ابتداء عطية منه لا تتـم إلا بالقبض وله الرجوع فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات . فإن لم يكن للميت وارث فأوصى بجميع ماله ردت وصيته إلى الثلث فى حق بيت المال .

وقال أبو حنيفة : وصيته إذا لم يكن له وارث نافذة فى جميـع ماله استدلالا بأن النبى صلى الله عليه وسلم « لما منع سـعداً مـن الزيادة على الثلث قال : لأن تـدع ورثتك أغنياء خيراً مـن أن تدعهـم عالة يتكففون الناس » فجعل المنع من الزيادة حقاً للورثة ، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع ، وبما روى عن ابن مسعود رضى الله عنـه أنه قال : « لا وارث لمن وضع ماله حيث شاء » ولأنه لما كانت الصدقة بجميع ماله جازت وصـيته بجميع ماله .

وذليلنا ما روى عن أبى الدرداء رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليـه

وسلم قال « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم » رواه الدارقطنى ورواه أحمد والبيهقى والبزار وابن ماجه من حديث أبى هريرة بلفظ « إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » وقد ضعف الحافظ ابن حجر إسناده وأخرجه أيضاً الدارقطنى والبيهقى من حديث أبى أمامة بلفظ « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعل لكم زكاة فى أموالكم » وفى إسناده إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة بن حميد .

ولأن الأنصارى أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ما مضى ذكره ، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثا لأمرين :

أحدهما : أنه يخلف الورثة فى الاستحقاق لماله .

والثانى : أنه يعقل عنه كورثته ، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث ، وقد يتحرر منه قياسان (أحدهما) أن كل جهة استحقت التركة بالوفاء منعت من الوصية بالجميع كالورثة (والثانى) أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون .

(فأما الجواب) عن قوله صلى الله عليه وسلم : « لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلا لرد الزيادة على الثلث ، ولو كان ذلك تعليلا لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذ لم يصيروا عالة يتكففون الناس ، وإنما قاله صلة فى الكلام وتنبيها على الحظ .

وأما قول ابن مسعود « يضع ماله حيث يشاء » فماله الثلث وحده وله وضعه حيث شاء ، وأما الصدقة فهى كالوصية إن كانت فى الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه ، وإن كانت فى المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قدر المال لاخراج الثلث : فمنهم من قال : الاعتبار بقدر المال فى حال الوصية ، لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال ، فكان الاعتبار فيه بحال العقد ، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية فى الزيادة ، فان وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلق به الوصية ، وان وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية ، ومنهم من قال : الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب ، لانه وقت لزوم الوصية واستحقاقها ، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن ، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن ، لانه لم يكن حال الوصية ، فعلى هذا لو وصى بثلث ماله وماله ألف فصار ألفين لزمت الوصية فى ثلث الألفين ، فان وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت به الوصية ، فان وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية) .**

الشرح الأحكام : تجوز الوصية بثلث ماله وإن لم يعلم قــدره ، واختلف أصحابنا هل يراعى بثلث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة ؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصية ، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لأنها عقد ، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى حنيفة وأكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبــله من زيادة ، لأن الوصــايا تملك بالموت ، فاعتبر بها وقت ملكها ، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلث ماله ولا مال له ثم أفاد مالا ـــ فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتباراً بحال الوصية ، وعلى الوجه الثانى تكون الوصية جائزة اعتباراً بحــــال الموت . وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرساً ولا خيولا ثم ملك قبل الموت خيولا صحت الوصية إن اعتبر بها حال الموت : وبطلت إن اعتبر بها حال القول ، وعلى هذا القول لو وصى بثلث ماله وله مال فهلك ماله وأفاد غيره صحت الوصية فى المال المستفاد إن اعتبر بها حــال الموت ، وبطلت إن اعتبر بها حال الوصية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واما الوصية بما لا قربة فيه كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهى باطلة لأن الوصية انما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((ان الله تعالى اعطاكم ثلث اموالكم فى آخر آجالكم زيادة فى حسناتكم)) وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية ، فان وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه وجهان :

(احدهما) يصح لانه قصد تخصصه بالتمليك (والثانى) لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة ، فلم تصح الوصية به ، وان وصى للذمى جاز ، لما روى ((أن صفية وصت لاخيها بثلثها ثلاثين الفاً وكان يهودياً)) ولان الذمى موضع للقربة ، ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع ، فجازت له الوصية ، فان وصى لحربى ففيه وجهان :

(احدهما) انه لا تصح الوصية ، وهو قول ابى العباس بن القاص ، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربى واخذ ماله فلا معنى للوصية له (والثانى) يصح ـ وهو المذهب ـ لانه تمليك يصح للذمى فصح للحربى كالبيع .

فصل واختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله فقال فى أحد القولين : لا يجوز لانه مال يستحق بالموت فمنع القتل منه كالميراث ، وقال فى الثانى : يجوز لانه تمليك يفتقر الى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع ، فان قتلت ام الولد مولاها عتقت لأن عتقها ليس بوصية ، بدليل انه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه . فان قتل المدبر مولاه ، فان قلنا : ان التدبير عتق بالصفة عتق لانه ليس بوصية ، وانما هو عتق بصفة قد وجدت الصفة فعتق ، وان قلنا : انه وصية وقلنا : ان الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق ، وان قلنا : انها تجوز عتق من الثلث فان كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين ، لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له فى بقائه ، بل الحظ فى اسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه) .

الشرح حديث إن الله تعالى أعطاكم الخ ، رواه الدارقطنى عن أبى الدرداء وسكت ولم يتكلم عليه الحافظ ابن حجر ، ورواه وأخرجه أيضا أحمد وكذلك البيهقى وابن ماجه والبزار من حديث أبى هريرة . قال

الحافظ ابن حجر : وإسناده ضعيف ، قلت : ورواه الدارقطنى والبيهقى عن أبى أمامة ، وفى إسناده إسماعيل بن عياش ، وهو ثقة فى الشاميين ضعيف فى غيرهم ، ورواه عن شيخه عتبة بن حميد الضبى ، صدوق له أوهام . ورواه العقيلى فى الضعفاء عن أبى بكر الصديق وفى إسناده حفص بن عمرو ميمون وهو متروك ، وعن خالد بن عبد الله السلمى عند ابن عاصم وابن السكن وابن قانع وأبى نعيم والطبرانى وهو مختلف فى صحبته ، ورواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول .

وأما « وصية أم المؤمنين صفية رضى الله عنها لأخيها وكان يهوديا بثلاثين ألفاً » أخرجه البيهقى من حديث عكرمة أن صفية قالت لأخ لها : أسلم ترثنى فرفع ذلك إلى قومه فقالوا : أتبيع دينك بالدنيا فأبى أن يسلم فأوصت له بالثلث » ومن طريق أم علقمة أن صفية أوصت لابن أخ لها يهودى وأوصت لعائشة بألف دينار وجعلت وصيتها إلى عبد الله بن جعفر فطلب ابن أخيها الوصية فوجد عبد الله قد أفسده فقالت عائشة : أعطوه ألف دينار أوصت لى بها عمته » .

أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكنائس باطلة لأنها مجمع معاصيهم ومنتدى تأليههم للبشر ، ومباءة التثليث والتجسيد . وكذلك الوصية لكتب التوراة والأناجيل لتبديلها وتغييرها ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً . وأجازها أبو حنيفة من الكافر دون المسلم ، وهكذا أجاز وصيته بالخمر والخنزير يتصدق بها على أهل الذمة . وهذا فاسد لقوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » [1] .

وخالف أبا حنيفة صاحباه فى الكنيسة ووافقاه فيما عداها . فأما الوصية للكافر فجائزة ذميا كان أو حربيا ، وقال أبو حنيفة : الوصية للحربى باطلة لأن الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين فلم يجز أن يبيح للمشركين أموال المسلمين وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أنه لما لم يمنع شرك الذمى لم يمنع شرك الحربى من الوصية كالنكاح (والثانى) أنه لما جازت الهبة

(١) الآية ٤٩ من سورة المائدة

للحربى وهى أمضى عطية من الوصية كان أولى أن تجـوز له الوصـية ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً .

فأما الوصية للمرتد فعلى ثلاثة أقسام ذكرناها فى كتاب الوقف .

(أحدها) أن يوصى لمن يرغب عن الإسلام فالوصـية باطلة لعقدها على معصية .

(الثانى) أن يوصى بها لمسلم فيرتد عن الإسلام بعد الوصية له فالوصية جائزة لأنها وصية صادفت حال الإسلام .

(والثالث) أن يوصى بها لمرتد معين ففى الوصية وجهان (أحدهما) باطلة . (والثانى) جائزة .

أما المحاباة فى المرض ، وهى أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضـه ببعض عوضه وهى أقسام (أحدها) المحاباة فى البيع والشراء ، ولا يمنـع ذلك صحة قول جمهور الفقهاء . وقال أصحاب داود بن على : العقد باطل. وعموم قوله تعالى : « وأحل الله البيع » [1] دليل على صحة قول الجمهور ، ولأنه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كغير المريض ، فلو باع فى مرضه فرساً قيمته خمسون بعشرين فقد حابى المشترى بثلاثة أخماسه ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن لم يجيزوا واختار المشترى فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عند أصحاب أحمد وهو اختيار ابن قدامة فى المغنى أنه يأخذ النصف للمبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى وهذا أحـد الوجهين عند أصحاب الشافعى ، والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله ، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث .

ولأصحابنا كما ساق المصنف ذلك إذا وصى ببيع ماله من رجل من غير

---

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

محاباة فإذا قلنا إن مجرد التخصيص بالتمليك يقوم مقام المحاباة صحت الوصية على هذا الوجه .

وإن قلنا إن البيع من غير محاباة ليس قربة والمراعى فى الوصية التقرب إلى الله تعالى لحديث أبى الدرداء لم تصح الوصية .

فرع تصح الوصية للذمى باتفاق أهل العلم لا نعلم فى ذلك خلافا ولأن الصدقة عليه جائزة فجازت الوصية ، أما الحربى ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو المذهب وبه قال أحمد فى المنصوص عنه وهو قول مالك ان الوصية للحربى تصح في دار الحرب .

(والثانى) لا تصح وهو قول أبى حنيفة لقوله تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم »[1] إلى قوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين » الآية ، فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره ، وهو قول أبى العباس بن القاص من أصحابنا ، لأن القصد من الوصية القربة إلى الله بنفع يعود إلى الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ سلبه ، فلامعنى للوصية مع قيام هذا كله .

دليلنا : أنه تمليك يصح للذمى فصح للحربى ، ولما كانت تصح هبته فقد صحت الوصية له كالذمى ، وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال « يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت فى حلة عطارد ما قلت ، فقال : إنى لم أعطكها لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة » .

وعن أسماء بنت أبى بكر قالت : « أتتنى أمى وهى راغبة ـ تعنى عن الإسلام ـ فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتتنى أمى وهى راغبة

(١) الآية ٨ ، ٩ من سورة الممتحنة

أفأصلها ، قال : نعم » وهذان الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبى كان يبر المقاتلة من الصليبيين حتى كان مضرب المثل في المروءة وعلو الهمة فكان يداوى مرضاهم ويأسو جراحهم ، بيد أنه لم يعف عمن طغى وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم لئن أظفره الله به ليضربن عنقه بيده ، وعندما وقع فى الأسر مع غيره من ملوك أوربا عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده براً بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغاً ما بلغ قدره ، فهذا هو طريق الشرع . وإن احتج بالمفهوم فانه لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة والوصية فى معناها ، فأما المرتد فعند أبى الخطاب من أصحاب الإمام أحمد تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبى موسى : لا تصح لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولأن ملكه يزول عن ماله بردته فى قول جماعة منهم فلا يثبت له الملك بالوصية ، وقد مضى مذهبنا فيه فى الوقف .

فرع الوصية للقاتل فيها قولان :

(أحدهما) وهو مذهب مالك رضى الله عنه تجوز الوصية ، وإن لم يرث كما تجوز الوصية للكافر ، وإن لم يرث ، ولأنه تمليك يراعى فيه القبول فلم يمنع منه القتل كالبيع ، وهذا أحد الأوجه الثلاثة عند الحنابلة حيث قال ابن حامد : تجوز الوصية له ، وهو قول أبى ثور وابن المنذر أيضاً .

(والقول الثانى) وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه وأحد الأوجه الثلاثة عند الحنابلة : لا تصح الوصية له ، لأن أحمد رضى الله عنه نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره ، وعندنا أنه يبطل إذا اعتبر التدبير وصية ، أما إذا اعتبر صفة فإن التدبير ماض ويعتق بموت سيده ولو قتلا ، وهذا أيضا قول الثورى وأصحاب الرأى لأن القتل يمنع الميراث الذى هو آكد من الوصية فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث

فيمنعها ما يمنعه ، لأن الميراث أقوى التمليكات فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية .

فإذا تقرر هذان القولان فلا فرق بين أن يوصى له بعد جرحه إياه وجنايته عليه ، وبين أن يوصى له قبل الجناية ثم يجنى عليه فيقتله وأن الوصية على قولين ولكن لو قال الموصى وليس بمجروح : قد وصيت بثلثى لمن يقتلنى فقتله رجل لم تصح الوصية له قولا واحداً لأمرين :

(أحدهما) أنها وصية عقدت على معصية .

(والثانى) أن فيها إغراء بقتله ، فلو وصى بثلثه لقاتل زيد ، فإن كان قبل القتل لم يجز كما ذكرنا ، وإن كان بعد قتله جاز ، وكان القتل تعريفاً ، وهكذا لو وهب فى مرضه لقاتله هبة أو حاباه فى بيع أو أبرأه من حق فكل ذلك على قولين لأنها وصية له تعتبر فى الثلث ، وهكذا لو أعتق فى مرضه عبداً فقتل العبد سيده كان فى عتقه قولان لأنها وصية له ، ولكن لو وهب هبة فى صحته أو أبرأ من حق أو حابى فى بيع أو أعتق عبداً . ثم إن الموهوب له قتل الواهب أو المبرأ قتل المبرىء أو المحابى قتل المحابى والعبد قتل السيد كان ذلك كله نافذاً ماضياً ، لأن فعله فى الصحة جرى مجرى الوصايا ، ولو جرح رجل رجلا — ثم ان المجروح وصى للجارح بوصية ثم جنى على الموصى آخر فذبحه — جازت الوصية للجارح الأول ، لأن الذابح صار قاتلا ، ولو لم يكن الثانى قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثانى والأول قاتلين ، فردت الوصية للأول فى أحد القولين ، وهذا هو قول مالك وأبى ثور وابن المنذر وأحد القولين عند أحمد ، وأظهر القولين للشافعى لأن الهبة تصح فصحت الوصية له كالذمى ، وقال القاضى أبو بكر من الحنابلة : لا تصح الوصية له ، وهذا هو قول الثورى وأصحاب الرأى وأحد قولى الشافعى .

قال الماوردى فى حاويه : وإذا قتل المدبر سيده — فإن قيل : إن التدبير عتق بصفة لم يبطل عتقه ، وإن قيل : إن التدبير وصية ففى بطلان عتقه

قولان لأنه يعتق فى الثلث ، ولو قتلت أم الولد سيدها بعد عتقها صح عتقها قولا واحداً لأمرين :

(أحدهما) أن عتقها مستحق من رأس المال .

(والثانى) أن فى استبقائها على حالها إضراراً بالورثة لأنهم لا يقدرون على بيعها ، وخالف استبقاء رق المدبر للقدرة على بيعه — ثم ينظر فى أم الولد إذا كان قتلها عمداً — فإن لم يكن ولدها باقياً قتلت قوداً ، وإن كان باقيا سقط القود عنها لأن ولدها شريك للورثة فى القود فيها . وهو لا يستحق القود من أمه فسقط حقه ، وإذا سقط القود عنها فى حق بعض الورثة سقط فى حق الجميع ا هـ .

ولو أن رجلا وصى لابن قاتله أو لأبيه أو لزوجته صحت الوصية لأن القاتل غير الموصى له ، ولو أوصى لعبد القاتل لم تجز فى أحد القولين لأنها وصية للقاتل ، ولو أقر رجل لقاتله بدين كان إقراره نافذاً قولا واحداً لأن الدين لازم وهو من رأس المال فخالف الوصايا ، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل حل بموت المقتول ولا يبقى إلى أجله ، لأن الأجل حق لمن عليه الدين لا يورث عنه ، وليس كالمال الموروث إذا منع القاتل منه صار إلى الورثة ، وسواء كان القتل في الوصية عمداً أو خطأ كما أن الميراث يمنع منه قبل العمد والخطأ ، فلو أجاز الورثة الوصية للقاتل ، وقد منع منها فى أحد القولين — كان فى إمضائها باجازته وجهان من اختلاف قولين فى إمضائهم للوصية للوارث .

فإن قلنا : إن الوصية للوارث مردودة ولا تمضى باجازتهم ردت الوصية للقاتل ولم تمض باجازتهم ، وإن قلنا : إنه يمضى الوصية للوارث باجازتهم أمضيت الوصية للقاتل باجازتهم ، والأصح إمضاء الوصية للوارث بالإجازة، ورد الوصية للقاتل مع الإجازة ، لأن حق الرد فى الوصية للقاتل إنما هو للمقتول لما فيه من حسم الذرائع المفضية إلى قتل نفسه فلم تصح الوصية له باجازتهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف قوله فى الوصية للوارث فقال فى احد القولين : لا تصح لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((لا وصية لوارث)) ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح ، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الاجازة هبة مبتداة يعتبر فيها ما يعتبر فى الهبة .

(والثانى) تصح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((لا تجوز لوارث وصية الا ان شاء الورثة)) فدل على انهم اذا شاءوا كانت وصية ، وليست الوصية فى ملكه وانما يتعلق بها حق الورثة فى الثانى فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة ، فعلى هذا اذا اجاز الورثة نفذت الوصية .

فصـــل ولا تصح الوصية لمن لا يملك فان وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة ، وان وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة اشهر من حين الوصية أو لستة اشهر وليست بفراش صحت الوصية لأنه يملك بالارث فملك بالوصية ، وان وضعته لستة اشهر وهى فراش لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك ، فان القته ميتاً لم تصح الوصية لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية ، ولهذا لا يحكم له بالارث فلم يحكم له بالملك بالوصية ، فان وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية . وقال أبو اسحاق تصح والمذهب الأول لأنه تمليك لمن لا يملك فلم يصح .

فصـــل فان قال : وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لانه تمليك لغير معين ، فان قال اعطوا هذا العبد احد هذين الرجلين جاز لانه ليس بتمليك وانما هو وصية بالتمليك ، ولهذا لو قال بعت هذا العبد من احد هذين الرجلين لم يصح . ولو قال لوكيله بع هذا العبد من أحد هـــذين الرجلين جاز .

فصـــل فان أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه ؛ لان العبـد لا يملك فكانت الوصية للوارث ، وقد بيناه ، فان وصى لمكاتبه صحت الوصية ، لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية ، فان وصى لأم ولده صحت لانها حرة عند الاستحقاق ، فان وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصية ، لانه حر عند الموت فهو كأم الولد ، فان لم يعتق كانت الوصية للوارث وقد بيناه فان وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه ، وهل يصح قبوله من غير اذن المولى ؟ فيه وجهان :

(احدهما) وهو الصحيح انه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاده بغير اذنه .

(والثاني) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انه لا يصح لانه تمليك للسيد بعقد فلم يصح القبول فيه من غير اذنه ، وهل يصح قبول السيد ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يصح لان الايجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالايجاب فى البيع .

(والثانى) يصح لان القبول فى الوصية يصح لغير من اوجب له وهو الوارث بخلاف البيع) .

الشرح حديث جابر أخرجه الدارقطنى وصوب إرساله ، ويبدو أن المصنف ساقه لاحتجاج الشافعى به فى أحد قوليه ، وإلا فحديث عمرو ابن خارجة رواه البخارى ومسلم وأحمد والنسائى والترمذى وصححه والدارقطنى والبيهقى « أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها ، وإن لغامها يسيل بين كتفى فسمعته يقول : إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » .

وعن أبى أمامة عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » وأخرجه الدارقطنى عن ابن عباس قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » رواه الدارقطنى . وهذا الحديث قال فيه الشافعى رضى الله عنه : إن هذا المتن متواتر . قال : وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : لا وصية لوارث ، ويأثرونه عمن يحفظونه عنه ممن لقوه من أهل العلم ، فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد .

قلت : وقد ضعف الحافظ ابن حجر جميع طرقه وقال : لا يخلو واحد منها من مقال ولكنه يسلم بأنها فى مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها .

وقد عده السيوطى فى الأحاديث المتواترة فى كتابه الموسـوم بالأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة ، وهو مروى عن أبى أمامة وعمرو بن خارجة وعلى وابن عباس وعمرو بن دينار وأبى جعفر الباقر ، وجابر بن عبد الله وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وزيد بن أرقم والبراء بن عازب . وقد نازع الفخر الرازى فى كون هذا الحديث متواتراً . قال : وعلى تقدير تسليم ذلك فالمشهور من مذهب الشافعى أن القرآن لا ينسخ بالسنة .

قال الحافظ ابن حجر : لكن الحجة فى هذا إجماع العلماء على مقتضاه، كما صرح به الشافعى وغيره . ثم قال : والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة .

وقال الصنعانى فى سبل السلام : الأقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه وإن نازع الفخر فى تواتره ، ولا يضر ذلك بثبوته . وقيل : إنها لا تصـح الوصية لوارث أصلا ، وهو الظاهر ، لأن النفى اما أن يتوجه الى الذات ، والمراد لا وصية شرعية ، واما الى ما هو أقرب الى الذات وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه هاهنا إلى الكمال الذى هو أبعد المجازين . وقد اختلف فى تعيين ناسخ آية الوصية للوالدين ، فقيل آية الفرائض ، وقيل الأحاديث المذكورة فى الباب وقيل دل الإجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله وقـد مضى فى فرع مذاهب العلماء فى آية الوصية .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا وصـية لوارث » وما وصفت من أن الوصية للوارث منسوخة بآى المواريث وأن لا وصية لوارث مما لا أعرف عن أحد ممن لقيت خلافاً .

وإذا كانت الوصايا لمن أمر الله تعالى ذكره بالوصـية منسـوخة بآى المواريث وكانت السنة تدل على أنها لا تجوز لوارث ، وتدل على أنهـا

تجوز لغير قرابة دل ذلك على نسخ الوصية للورثة ، وأشبه أن يدل على نسخ الوصايا لغيرهم قال : ودل على أن الوصايا للوالدين وغيرهما ممن يرث بكل حال إذا كان فى معنى غير وارث فالوصية له جائزة وقد قيل إنها إنما بطلت وصيته إذا كان وارثاً ، فاذا لم يكن وارثاً فليس بمبطل للوصية . وإذا كان الموصى يتناول من شاء بوصيته كان والده دون قرابته إذا كانوا غير ورثة فى معنى من لا يرث ، ولهم حق القرابة وصلة الرحم .

* * *

وقال الشافعى رضى الله عنه فى باب الوصية للوارث من الأم : ورأيت متظاهراً عند عامة من لقيت من أهل العلم بالمغازى [1] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته عام الفتح « لا وصية لوارث » فحكم الوصية لوارث حكم ما لم يكن ، فمتى أوصى رجل لوارث وقفنا الوصية ، فإن مات الموصى والموصى له وارث ، فلا وصية له ، وإن حدث للموصى وارث يحجبه أو خرج الموصى له من أن يكون يوم يمـوت وارثاً له ، بأن يكون أوصى صحيحاً لامرأته ثم طلقها ثلاثاً ثم مات مكانه ، فالوصية لها جائزة لأنها غير وارثة ؛ وإنما ترد أو تجب أو تبطل .

ولو أوصى لرجـل وله دونه وارث يحجبه فمات الوارث قبـل الموصى فصار الموصى له وارثا ، أو لامرأة ثم نكحها ومات وهى زوجته بطلت الوصية لهما معاً ، لأنها صارت وصية لوارث .

ولو أوصى لوارث وأجنبى بعبد أو دار أو ثوب أو مال مسـمى بطل نصيب الوارث وجاز للأجنبى ما يصيبه وهو النصف من جميع ما أوصى به الوارث والأجنبى ، ولكن لو قال : أوصيت بكذا لفلان وفلان فإن كان سمى للوارث ثلثا وللأجنبى ثلثى ما أوصى به جاز للأجنبى ما سمى له ، ورد عن الوارث ما سمى له ، ولو كان له ابن يرثه ولابنه أم ولدته أو حضنته ،

---

(١) لما كان أظهر ما فى التاريخ من المحولات الاجتماعية والسـياسية هو المغازى فقد كان المؤرخون يسمون (أهل العلم بالمغازى) (المطيعى)

أو أرضعته أو أب أرضعه أو زوجة أو ولد لا يرثه أو خادم أو عبد غيره فأوصى لهؤلاء كلهم أو لبعضهم جازت الوصية لهـم لأن كل هـؤلاء غير وارث وكل هؤلاء مالك لما أوصى له به لملكه لماله إن شاء منعه ابنه وإن شاء أعطاه إياه .

وقال الصنعانى فى سبل السلام : وذهب الهادى وجماعة إلى جوازها مستدلين بقوله تعالى « كتب عليـكم إذا حضر أحـدكم الموت » الآية ، قالوا : ونسخ الوجوب لا ينافى بقاء الجواز ، قلنا : نعم لو لم يرد هـذا الحديث ، فإنه ناف لجوازها إذ وجوبها قد علم نسخة من آية المواريث كما قال ابن عباس : كان المال للولد والوصية للوالدين ، فنسخ الله سـبحانه من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع .

وقوله فى الحديث : الا أن يشاء الورثة ، دليل على صـحة الوصـية ونفاذها للوارث إن أجازها الورثة ، لأنهم قد أسقطوا حقهم ، وهو قـول جمهور الفقهاء ما عدا المزنى من أصحاب الشافعى وداود بن على الظاهرى وأصحابه وبعض الحنابلة حيث قالوا : لا أثر لإجازتهم ، والظاهر أن لهم أثراً فى جوازها ، لأنه صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصية للوارث قيدها بقوله إلا أن يشاء الورثة وأطلق لما منع الوصية عن الزائد عن الثلث ، وليس لنا تقييد ما أطلقه ومن قيد هنالك قال : انه يؤخذ القيد من التعليل بقوله (انك ان تذر ... الخ) فانه دل على أن المنع من الزيادة على الثلث كان مراعاة لحق الورثة ، فان أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة . هـذا فى الوصية للوارث ، واختلفوا اذا أقر المريض للوارث بشـىء من ماله فأجازه الأوزاعى وجماعة مطلقاً .

وقال أحمد : لا يجوز إقرار المريض لوارثه مطلقاً واحتج بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لوارثه أن يجعلها اقراراً ، واحتج الأول بما يتضـمن الجواب عن هذه الحجة فقال : إن التهمة فى حق المحتضر بعيدة وبأنه وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح إقراره مع أنه يتضمن الإقرار بالمـال

وبأن مدار الأحكام على الظاهر فلا يترك إقراره للظن المحتمل فإن أمره إلى الله .

(قلت) وهذا القول أقوى دليلا ، واستثنى مالك ما إذا أقر لبنته ومعها من يشاركها من غير الولد ، كابن العم قال : لأنه يتهم فى أنه يزيد لابنته ، وينقص ابن العم ، وكذلك استثنى ما إذا أقر لزوجته المعروف بصحبته لها وميله اليها ، وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد لاسيما اذا كان له منها ولد فى تلك الحال . قلت : والأحسن ما قيل عن بعض المالكية واختاره الرويانى فى بحر المذهب من أصحابنا : أن مدار الأمر على التهمة وعدمها ، فإن فقدت جاز وإلا فلا ، وهى تعرف بقرائن الأحوال وغيرها .

وعن بعض الفقهاء : أنه لا يصح إقراره إلا للزوجة بمهرها ، وسيأتى مزيد إيضاح إن شاء الله وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ ، فإذا أجازها الورثة لزمت الوصية ، وان كانت باطلة كانت هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة فى اللفظ والقبول والقبض ، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

وأما بقية الفصول من الوصية للعبد والمكاتب وأم الولد وعبد غيره فعلى وجهها . ولا تفتقر إلى مزيد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لأنه تمليك جزء من ماله فجاز فى المشاع والمقسوم كالبيع ، ويجوز بالمجهول كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع وعبد من عبيد ، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر ، والعبد الآبق ، لأن الموصى له يخلف الميت فى ثلثه كما يخلفه الوارث فى ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت فى هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له ، فان وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه فان وصى برقبته فهو على القولين فى بيعه .

فصل فان وصى بما تحمله الجارية ، أو الشجرة ، صحت الوصية لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة . فجاز أن يملك بالوصية ، ومن

أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الاعتبار بحال الوصية لم تصح ، لأنه لا يملك فى الحال ما وصى به .

فصل **وتجوز الوصية بالمنافع ، لأنها كالأعيان فى الملك بالعقد ، والارث ، فكانت كالأعيان فى الوصية ويجوز بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر ، لأن المنفعة والعين كالعين فجاز فيهما ما جاز فى العينين ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة ومنفعة مؤبدة لأن المقدرة كالعين المعلومة والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجميع .**

فصل **وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسماد والزيت النجس والكلب وجلد الميتة ، لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها ، فجاز نقل اليد فيها بالوصية ، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور ، لأنه لا يحل الانتفاع بها ، ولا تقر اليد عليها فلم تجز الوصية بها) .**

الشرح إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه يقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه ، فأما فى حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال ، فهى بحال الإجازة سواء ، إذ لا أثر للرد ، وإن جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال ، وقد رجح ابن قدامة من الحنابلة أنهما يقتسمان الثلث على حسب مالهما فى الاجازة وهذا قول ابن أبى ليلى .

وقال أبو حنيفة ومالك فى الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقى على خمسة فى مثل حالة الخرقى لأن له السدس ، وللورثة أربعة أسداس وهو مثل كلام الخرقى من الحنابلة إلا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ

خمس المائتين وعشر المعين . واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته ، لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجع الوصيان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له فى الوصية .

قال الشافعي : ولو أوصى له بالثلث من دار أو أرض فأذهب السيل ثلثيها وبقى ثلثها ، فالثلث الباقى للموصى له اذا خرج من الثلث ، فسوى الشافعى رضى الله عنه بين استحقاق الثلثين مشاعا وبين ذهاب ثلثيها بالسيل محوزاً فى أن الوصية تكون بالثلث الباقى بعد الاستحقاق والتلف بالسيل ، والذى أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاقه لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقى كله وذهاب الثلثين منها بالسيل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقى ، ويوجب أن تكون الوصية بثلث الثلث الباقى ، فاذا استحق ثلثيها لم يمنع أن يكون الثلث الباقى شائعا فى جميعها فصحت الوصية فى جميعه ، فوجبت الوصية فى ثلث ما بقى وثلث ما هلك يكون حكم الاشاعة فى الجميع باقياً .

ألا ترى لو أن رجلا اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده ، ثم استحق بعد الشراء نصفها كان النصف الباقى هو المبيع منها .

(فإن قيل) أفليس لو أوصى له برأس من غنمه فهلك جميعها إلا رأساً منها بقى ، فإن الوصية تتعين فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزاً من الوصية وغيرها فهلا كان ما هلك بالسيل كذلك ؟ قيل الوصية برأس من غنمه يوجب الإشاعة فى كل رأس منها ؟ وإنما جعل إلى الوارث أن يعينه فيما شاء من ميراثه ، وليس كذلك الوصية بثلث الدار لأن الثلث شائع فى جميعها فافترقا فإذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعى فى التسوية بين الاستحقاق والتلف وما رأيته من الفرق بين الاستحقاق والتلف ففرع على ذلك ما صح به الجواب .

فــرع إذا أوصى بشجرة مدة أو بما تثمر أبداً صحت لجواز ملك المعدوم ومن ثم لم يملك واحد من الموصى له أو الوارث إجبار الآخر على

سقيها لأنه لا يجبر على سقى ملكه ولا سقى ملك غيره ، وإذا أراد أحدهما سقى الشجرة على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث ، لأن الموصى له ليس له منها الا الثمرة ، وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له .

وان قال : لك ثمرتها أول العام الذى تثمر فيه صح وله ثمرتها أول عام تثمر وكذلك إذا أوصى له بما تحمل شاته ، وان أوصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائماً مقام الوارث وله ما له ، وإن وصى بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة ، وكذلك إن وصى بلبنها خاصة أو صوفها خاصة صح ، ويقوم الموصى به دون العين .

فرع تجوز الوصية بالمنافع فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى بخدمة عبده أو بغلة داره وثمرة بستانه ــ والثلث يحتمله ــ جاز ذلك اهـ .

قلت : إن الوصايا بمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان لأنه لما صح عقد الإجارة عليها صح بالأولى الوصية بها ، وسواء قدرت بمدة أو جعلت مؤبدة . وقال ابن أبى ليلى : إن قدرت بمدة تصح فيها الإجارة صحت ، وإن لم تقدر بمدة تصح فيها الإجارة بطلت ، حملا للوصية على الإجارة .

وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأبيد بخلاف الاجارة لأن الوصايا تجوز مع الجهالة فاذا صح جوازها مقدرة ومؤبدة فقد ذكر الشافعى رضى الله عنه الوصية بخدمة العبد وغلة الدار وثمرة البستان ، فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يؤاجره وله أن يستخدمه كما يجوز له أن يوصى لفلان بفرسه ولآخر بركوبها فيكون لأحدهما عينها وللآخر منفعتها على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

فرع الوصية بالميتة جائزة لأنه قد يدبغ جلدها ويطعم بزاته لحمها ، وكذلك الوصية بالروث والزبل ، لأنه قد ينتفع به فى تسميد الأرض وإخصابها للغرس والزرع ، ولا شك أن الشرع الحكيم بسماحته وإحاطته

بمصالح البشر لم يقف من النجاسات موقف العداء المطلق ، فإنه متى ثبت أن لها فائدة ما فى حياة الناس فلابد أن تقتنص هذه الفائدة ، واننا فى عصر تقدمت فيه العلوم الكيميائية حتى صنعت المواد السمادية من الهواء ، فإنه يكثف بأجهزة التكثيف ويستخرج منه أثقل الأجسام صلابة وثقلا كسلفات النشادر ، ومع التطور العظيم فى علوم الكيمياء والأسمدة ، فإن الإجماع بين المتخصصين منعقد على أن أعلى أنواع السماد وأسلمها للأرض وأعظمها إخصاباً للتربة هو الأسمدة العضوية كالروث والبراز الحيوانى والآدمى . لهذا أجاز الوصية بكل نافع ولو كان نجساً .

أما الوصية بالخمر والخنزير والكلب العقور فباطلة ، لأن الانتفاع بها محرم فلو أنه أوصى بجرة فيها خمر قال الشافعى رضى الله عنه : أريق الخمر ودفعت إليه الجرة ، لأن الجرة مباحة والخمر حرام .

فأما الوصية بالحيات والعقارب وحشرات الأرض والسباع والذئاب فباطلة لأنه لا منفعة فيها جميعاً . فأما الوصية بالفيل فإن كان منتفعاً به فجائز لجواز أن يبيعه ويقوم فى التركة ويعتبر من الثلث ، وإن كان غير منتفع به فالوصية باطلة .

فأما الفهد والنمر والشاهين والصقر فالوصية بذلك جائزة لأنها جوارح ينتفع بها للصيد وتقوم فى التركة لجواز بيعها وتعتبر فى الثلث ، وأما الوصية بما تصيده الكلاب فباطلة لأن الصيد لمن صاده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجوز تعليق الوصية على شرط فى الحياة ، لانها تجوز فى المجهول فجاز تعليقها بالشرط ، كالطلاق ، والعتاق ، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت ، لأن ما بعد الموت فى الوصية ، كحال الحياة ، فاذا جاز تعليقها على شرط فى الحياة جاز بعد الموت .**

فصل **وان كانت الوصية لغير معين ، كالفقراء لزمت بالموت لانه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر ، وان كانت لمعين لم تلزم الا بالقبول لانه تمليك**

لمعين فام يلزم من غير قبول كالبيع ، ولا يصح القبول الا بعد الموت ، لأن الايجاب بعد الموت فكان القبول بعده . فان قبل حكم له بالملك . وفى وقت الملك قولان منصوصان :

(احدهما) تملك بالموت والقبول ، لأنه تمليك يفتقر الى القبول ، فلم يقع الملك قبله كالهبة .

(والثانى) انه موقوف ، فان قبل حكمنا بانه ملك من حين الموت ، لأنه لا يجوز ان يكون للموصى لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك الا بعد الدين والوصية ؛ ولا يجوز أن يكون للموصى له لأنه لو انتقل اليه لم يملك رده كالميراث ، فثبت أنه موقوف . وروى ابن عبد الحكم (قولا ثالثا) انه يملك بالموت ووجهه انه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث .

فصل وان رد نظرت ؛ فان كان فى حياة الموصى لم يصح الرد لأنه لا حق له فى حياته ، فلم يملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع ، وان رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لانه يثبت له الحق فملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعة بعد البيع وان رد بعد القبول وقبل القبض فيه وجهان :

(احدهما) لا يصح الرد لأنه ملكه ملكا تاماً فلم يصح رده ، كما لو قبضه

(والثانى) انه يصح الرد ، وهو المنصوص لانه تمليك من جهة الآدمى من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف ، وان لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول او الرد ، فان امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، كما لو تحجر أرضا فامتنع من احيائها أو وقف فى مشرعة ماء فلم ياخذ ولم ينصرف .

فصل وان مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية ، ولا يقوم وارثه مقامه ، لانه مات قبل استحقاق الوصية ، وان مات بعد موته ، وقبل القبول ، قام وارثه مقامه فى القبول والرد ، لانه خيار ثابت فى تملك المال ، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعة) .

الشرح تصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول : إن مت فثلثى للمساكين أو لفلان ، والمقيدة أن يقول : ان مت من مرضى هذا أو فى هذه البلدة أو فى سفرى فثلثى للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من

سفره أو خرج من البلدة ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثورى والشافعى وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى .

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت ، كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه : أنت حر بعد موتى ، وقال للآخر : أنت حر إن مت فى مرضى هذا فمات فى مرضه فالعبدان سواء فى التدبير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقى تدبير المطلق بحاله،ولو وصى لرجل بثلثه وقال : إن مت قبلى فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه له ، وكذلك فى سائر الشروط فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون عند شروطهم) أخرجه البخارى وأبو داود وأخرجه الترمذى بلفظ « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا » .

ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول فى قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين ، فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد ومستشفى ومدرسة أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله .

أما الآدمى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزىء ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا فى الهبة والبيع .

اذا ثبت هذا فإن الوصية تشتمل على أمرين (أحدهما) العطية (والثانى) الولاية ، فأما العطية فهو ما يوصى به الرجل من أمواله لمن أحب فالوقت الذى يصح فيه قبول ذلك ورده بعد موت الموصى ، فان قبل أو رد بعد موته صح ، وكان على ما مضى من حكم القبول والرد ، فأما فى حياة الموصى فلم يصح قبوله ولا رده . وقال أبو حنيفة : يصح الرد ولا يصح القبول ، لأن الرد أوسع حكما من القبول ، وهذا فاسد لأمور منها أن الرد فى مقابلة القبول لأنهما معاً يرجعان الى الوصية ؛ فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زماناً للقبول ؛ امتنع أن يكون زمانا للرد وصار كزمان ما قبل الوصية الذى لا يصح فيه قبول ولا رد ، وعكسه ما بعد الموت لما صح فيه القبول صح فيه الرد ، ومنها أن الرد فى حال الحياة عرف ، وقيل : وقت الاستحقاق ، فجرى مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه ، وعن الشفعة قبل استحقاقها ، ومنها أنه قبل الموت مردود عن الوصية فلم يكن رده لها مخالفا لحكمها .

وأما الوصية بالولاية على مال طفل أو تفريق ثلثه أو تنفيذ وصية فيصح قبولها وردها فى حياة الموصى وبعد موته بخلاف وصايا العطايا ، وكان قبوله فى حياة العاقد أصح ، وذلك عطية تقبل فى زمان التمليك ، ولو رد الوصية فى حياة الموصى لم يكن له قبولها بعد موته ولا فى حياته ، ولو قبلها فى حياة الموصى صحت وكان له المقام عليها إذ شاء والخروج منها إذا شاء فى حياة الموصى وبعد موته وقال أبو حنيفة ليس له الخروج من الوصية بعد موت الموصى ويجوز له الخروج منها فى حياته اذا كان حاضراً ، وان غاب لم يجز وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) أن ما كان لازماً من العقود استوى حكمه فى الحياة وبعد الموت وما كان غير لازم بطل ؛ فالموت والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلا يفتقر إلى دليل (والثانى) لو كان حضور الحى شرطاً فى الخروج من الوصية لكان رضاه معتبراً ، وفى إجماعهم على أن رضاه وإن كان حاضراً غير معتبر دليل على أن الحضور غير معتبر ، ولا يخلو إذا رد الوصية من خمسة أحوال ،

(الأول) أن يردها قبل موت الموصى ، فلا يصح الرد لعدم وقوع الوصية فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية .

(الثانى) أن يرد ما بعد الموت وقبل القبول ، فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافاً لأنه أسقط حقه فى حال بملك قبوله وأحده فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

(الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر فأشبه رده لسائر ملكه لا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة .

(الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض وفيه وجهان :

(أحدهما) يصح لرد لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، ولأن ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول .

(والثانى) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(الخامس) أن يمتنع عن القبول والرد وهذا يكون حكمه حكم الرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، ومثاله من تحجر أرضاً ثم امتنع من إحيائها أو وقف على جدول ماء فلم يأخذ ولم ينصرف وعطل مرور الماء على من ينتفعون به لإرواء انسان أو حيوان أو نبات ، وفرق الحنابلة فى •

(الثالث) بين المكيل والموزون وغيرهما .

وقد اختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت متى يحصل ملك الوصية للموصى له وهل تكون باقية على الموصى أو داخلة فى ملك الورثة على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج وأكثر البصريين أن ملك الوصية منتقل عن الميت إلى ورثته ثم بالقبول تدخل فى ملك الموصى له لزوال ملك الموصى بالموت .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأكثر البغداديين أن الوصية باقية على ملك الموصى بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل فى ملكه بقبوله وتنتقل إليه عن الموصى لأن الوصية تملك عنه كالميراث ، ووجه هذا القول أن الوصية تملك بالقبول فلم يجز أن يتقدم الملك على قبولها كالهبات .

قال الشافعى : وهذا قول ينكسر (والقول الثانى) وهو أصحها أن القبول يدل على حصول الملك بالموت فيكون الملك موقوفاً مراعى ، فان قبل دل على تقدم ملكه ، وان لم يقبل دل على عدم ملكه ؛ ووجه هذا القول أنه لما امتنع أن يبقى للميت ملك وأن الوارث لا يملك الإرث اقتضى أن يكون الملك موقوفاً على قبول الموصى له ورده وحقه فى القبول باق ما لم يعلم ، فإذا علم فإن كان عند إنفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور ، فان قبل وإلا بطل حقه فى الوصية . فأما بعد علمه وقبل انفاذ الوصايا وقسمة التركة ، فمذهب الشافعى وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخى لا على الفور فيكون ممتداً ما لم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة .

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور لأنها عطية كالهبات ، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعى قولا ثالثاً أن الوصية تدخل فى ملك الموصى له بغير قبول لا اختيار كالميراث ، فاختلف أصحابنا فى تخريجه قولا ثالثاً للشافعى فخرجه أبو على ابن أبى هريرة وأكثر متأخرى المتقدمين من أصحابنا قولا ثالثاً تعليلا بالميراث وامتنع أبو إسحاق المروزى وأكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولا ثالثاً ، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين ، إما حكاية عن مذهب غيره ، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت فى ملكه ، وفى طبيعة الوصية والفرق

بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول ، والوصية عطية من آدمى فروعى فيها القبول .

فرع قال الشافعي ولو مات قبل أن يقبل أو يرد قام ورثته مقامه . وبيانه أن الموصى له لا يخلو أن يكون فى حياة الموصى أو بعد موته ، فإن مات الموصى له فى حياة الموصى فالذى عليه فى جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصى .

وحكى عن الحسن البصرى أن الوصية لا تبطر بموته ، ولورثته قبولها . قال الماوردى : وهذا فاسد من وجهين ، أن الوصية فى غير حالة الموصى غير لازمة ، وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت ، ولأن الوصية له لا لورثته، وهو لا يملك الوصية فى حياة الموصى .

وإن مات الموصى له بعد الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال (أحدهما) أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد بطلت برده وليس لوارثه قبولها بعد موته اجماعاً (والحال الثانية) أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه ، وسواء قبضها الموصى له فى حياته أم لا ، لأن القبض ليس بشرط فى تملك الوصية (والحال الثالثة) أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعى يقوم وارثه مقامه فى القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول وقال أبو حنيفة : إذا مات قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة ، وهذا فاسد ، لأن ما استحقه فى التركة لم يسقط بالموت كالدين ، ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكها لم تبطل بموته قبل تملكها كالرد بالعيب . وفارقت الوصية الهبة من حيث إن الهبة قبل القبض غير لازمة فجاز أن تبطل بالموت ، والوصية قبل القبول لازمة فلم تبطل بالموت ؛ فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول فورثته يقومون مقامه فى القبول والرد ، ولهم ثلاثة أحوال (حال) يقبل جميعهم الوصية (وحال) يرد جميعهم الوصية (وحال) يقبلها بعضهم ويردها بعضهم ، فإن قبلوها جميعاً فعلى القول الذى يجعل القبول دالا على عدم

الملك بالموت ، فالمالك للوصية بقبول الورثة هــو الموصى له لا الورثة ، فأما على القول الذى يجعل القبول ملكا ، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصية فى ملك الموصى له بقبول ورثته أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وأبى إسحق المروزى : أن الوصية يملكها الورثة دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم .

(والوجه الثانى) وهو الظــاهر من المذهب ، وبه قال أكثر البصريين وحكاه أبو القاسم بن كج عن شيوخه أن الوصية يملكها الموصى له بقبول ورثته ، وإن كان القبول مملكا ، لأنها لو لم تدخل فى ملكه لبطلت ، لأن الورثة غير موصى لهم ، فلم يجز أن يملك الوصية من لم يوص له ، ولو رد الورثة بأجمعهم الوصــية بطلت بردهم لهــا . والله أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحاباة فى البيع يعتبر من الثلث ، سواء كانت فى حال الصحة أو فى حال المرض ، أو بعضها فى الصحة وبعضها فى المرض ؛ لأن لزوم الجميع عند الموت ، فأما الواجبات من ديون الآدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة فانه ان لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث ، لأنه انما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، ولا حق للورثة مع الديون ؛ فلم تعتبر من الثلث .

وان وصى أن يؤدى ذلك من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها فى الأصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث ، وان وصى بها ولم يقل : انها من الثلث ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص ، لأنها من رأس المال ، فلما وصى بها علم انه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه ان لم يقرر بها ما يعتبر من الثلث أعتبر من رأس المال ، وان قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها فى الأصل من رأس المال فاذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها، وان قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصر فهما واحداً .

(والثالث) انه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح . لأنها فى الأصل من رأس المال والوصية بها تقتضى التأكيد والتذكار بها ؛ والقرينة تقتضى التسوية بينهما فى الفعل ، لا فى السبيل ، فبقيت على أصلها .

فصـــل وأما ما تبرع به فى حياته ينظر فيه ـ فان كان فى حال الصحة ـ لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف فى ماله لا حق لأحد فى ماله فاعتبر من رأس المال ، وان كان ذلك فى مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث، لان الانسان لا يخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح ، وان كان ذلك فى

مرض مخوف واتصل به الموت اعتبر من الثلث ، لما روى عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولا شديداً ثم دعاهم فجزأهم وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » ولأنه فى هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت ، وان برىء من المرض لم يعتبر من الثلث ، لأنه قد بان انه لم يكن فى ماله حق أحد ، وان وهب فى الصحة وأقبض فى المرض ، اعتبر من الثلث ، لأنه لم يلزم الا بالقبض ، وقد وجد ذلك منه المرض .

فصل وان باع فى المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض . وان كاتب عبداً اعتبر من الثلث ، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض . وان وهب له من يعتق عليه فى المرض المخوف فقبله ، اعتبر عتقه من الثلث فاذا مات لم يرثه .

وقال أبو العباس : يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه ، لأنه ليس بوصية ، لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض والمذهب الأول لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه ، والعتق فى المرض وصية ، والميراث والوصية لا يجتمعان ، فلو ورثناه بطل عتقه ، واذا بطل العتق بطل الارث فأثبتنا العتق وأبطلنا الارث .

فصل والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر ، وقيام الدم والسل فى انتهائه ، والفالج الحادث فى ابتدائه والحمى المطبقة ، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت .

فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين ، واسهال يوم أو يومين من غير دم ، والسل قبل انتهائه ، والفالج اذا طال ، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معاجلة الموت . فاذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض ، وان اشكل شىء من هذه الأمراض رجع فيه الى نفسين من أطباء المسلمين ، ولا يقبل فيه قول الكافر ، وان ضرب الحامل الطلق فهو مخوف لأنه يخاف منه الموت . وفيه قول آخر أنه غير مخوف لأن السلامة منه أكثر) .

الشرح حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب الأربعة بلفظ المصنف . وفى رواية لأحمد « أن رجلا أعتق عند موته ستة

رجلة له فجاء ورثته من الأعراب ، فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع . قال أو فعل ذلك ؟ لو علمنا إن شاء الله ما صلينا ، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة » ورواه أحمد وأبو داود عن أبى زيد الأنصارى ، أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » وفى رواية أبى داود « لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن فى مقابر المسلمين » وهذا النص تفسير للقول الشديد الذى أبهم فى رواية عمران ، وفيه تغليظ وذم بالغان ، لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا بالثلث ، فإذا تصرف فى أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشابهاً لمن وهب غير ماله .

اما الأحكام فإن الحديثين يدلان على أن تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة فى الحال ، ولم تضف الى بعد الموت ، وقد أسلفنا القول بالإجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث ، على أن التنجيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية . واختلف الفقهاء هل تعتبر الثلث من التركة حال الوصية أو حال الموت ، وهما وجهان لأصحابنا أصحهما الموت ،وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو قول على كرم الله وجهه وجماعة من التابعين ، وقال بحال الوصية مالك وأكثر العراقيين والنخعى وعمر بن عبد العزيز ، وتمسكوا بأن الوصية عقد ، والعقود تعتبر بأولها . وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً ، وأجيب بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه . ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول ، وبالفرق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها والنذر يلزم ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو حدث له مال بعد الوصية ، واختلفوا أيضاً هل يحسب الثلث من جميع المال ؟ أو يتقيد بما علمه الموصى دون ما خفى عليه ؟ أو تجدد له ولم يعلم به ؟ وبالأول قال الجمهور ، وبالثانى قال مالك ، وحجة الجمهور أنه لا يشترط أن يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقاً ، ولو كان عالماً بجنسه فلو كان العلم به شرطا لما جاز ذلك .

والكلام على الأحكام أن ما وصى به من التبرعات والهبات والصدقات والمحاباة فى البيع أن يكون المبيع مقوماً بعشرة فيوصى ببيعه بخمسة مثلا

بعد موته ، فإن الخمسة الباقية وهي قـدر المحاباة تحسب من الثلث الذي أجاز الله له التصرف فيه بالوصية سواء وقعت الوصية في حال الصحة أم في حال المرض ، وكذلك إن أسقط عن وارثه دينا أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن جناية موجبها المال فهو كالوصية .

وإن عفا عن القصاص ـ وقلنا : الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وإن قلنا : الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقا ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية ، وكذلك إن وهب له وبهذا قال أحمد والشافعي وأبو حنيفة .

وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث ، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفي ديونه منها . ولنا أنه وصى لأجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه ، وإن وصى لوالد وارثه صح ، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى . قال طاوس في قوله تعالى : « فمن خاف من موصٍ جنفا » (1) . قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد نفع ابنته .

فرع قال الشافعي : يجوز نكاح المريض . قلت : إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق إن لم يزد على صداق مثلها ، فإن زاد ردت الزيادة إن كانت وارثة ، وأمضيت إن كانت غير وارثة . وهكذا المريضة إذا نكحت رجلا صح نكاحها وورثها الزوج ، وعليه صداقها إن كان مهر المثل فما زاد ، فإن نكحته بأقل من صداق مثلها ، فالمحاباة بالنقصان وصية له فترد إن كان الزوج وارثاً وتمضى في الثلث إن كان غير وارث .

وقال مالك : نكاح المريض فاسد لا يستحق به ميراثاً . ولا يجب فيه صداق إلا أن يكون راضيا به ، فيلزمه مهر المثل من الثلث مقدم على الوصايا ، وكذلك نكاح المريض فاسد ولا ميراث للزوجة . وقال ابن أبي ليلى : النكاح في المرض جائز والميراث من الثلث .

---

(1) البقرة : ١٨٢

وقال ابن أبى هريرة : النكاح فى المرض جائز ولا ميراث . وقال الحسن البصرى : إن ظهر منه الاضرار فى تزويجه لم يجز ، وإن لم يظهر منه الاضرار ، وظهر منه الحاجة إليه فى خدمة أو غيرها جاز .

ودليلنا عموم قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »[1] ولم يفرق بين صحيح ومريض ، وقال معاذ بن جبل فى مرضه : « زوجونى حتى لا ألقى الله عزبا » وقال عبد الله بن مسعود : « لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام ما أحببت إلا أن يكون لى زوجة » وروى هشام بن عروة عن أبيه « أن الزبير رضى الله عنه دخل على قدامة يعوده فبشر عنده بجارية فقال قدامة : زوجونى بها فقال : ما تصنع بها وأنت على هذه الحال ؟ فقال : ان أنا عشت نسبت الزبير ، وإن مت فهم أحق من يرثنى » ولأنه فراش لا يمنع منه الصحيح فوجب أن لا يمنع منه المريض ، ولأنه عقد فلم يمنع منه المرض كالبيع والشراء ، ولأنه لا يخلو عمله أن يكون لحاجة أو شهوة ، فإن كان لحاجة لم يجز منعه ، وإن كان لشهوة فهى مباحة له كما أبيح له أن يلتذ بما شاء من أكل أو لبس .

فإذا ثبت إباحة النكاح فى المرض فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة إلى أربع كهو فى الصحة ولهن الميراث إن مات من ذلك المرض أو غيره . وأما الصداق فإن كان أمهرهن صداق أمثالهن فلهن الصداق مع الميراث ، وان كانت عليه ديون شاركن الغرماء فى التركة وضربن معهم بالحصص ، وإن تزوجهن أو واحدة منهن بأكثر من صداق مثلها كانت الزيادة على صداق المثل وصية فى الثلث .

فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية لأنه لا وصية لوارث ، وإن كانت غير وارثة لرق أو كفر دفعت الزيادة اليها ان احتملها الثلث ، أو ما احتمله منها يتقدم على الوصايا كلها لأنها عطية فى الحياة ، وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة فماتت قبله صحت لها الزيادة إن احتملها الثلث ،

---

(1) النساء : ٣ .

لأنها بالموت قبله غير وارثة فلو كانت حين نكاحها فى المرض أمة أو ذمية فأعتقت الأمة أو أسلمت الذمية صارت وارثة ومنعت من الزيادة على صداق مثلها ، ولو صح المريض من مرضه ثم مات من غيره أو لم يمت صحت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لوارثه وغير وارثه ، فعلى هذا لو تزوج فى مرضه على صداق ألف درهم وصداق مثلها خمسمائة ومات ولا مال له غير الألف التى هى صداقها أعطيت من الألف ستمائة وستة وستين درهما وثلثا ، لأن لها خمسمائة من المال ، وتبقى خمسمائة هى جميع التركة وهى وصية لها فأعطيت ثلثها وذلك مائة درهم وستة وستون درهما وثلث درهم تأخذها مع صداق مثلها ، ولو خلف مع الصداق خمسمائة صارت التركة بعد صداق المثل ألف درهم فلها ثلثها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث ولو خلف مع الصداق ألف درهم خرجت الزيادة على صداق المثل من الثلث وأخذت الألف كلها » .

اذا ثبت هذا فإن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال اذا كانت هذه كلها فى الصحة فهى من رأس المال لا نعلم فى هذا خلافا ، وإن كانت فى مرض مخوف اتصل به الموت فهى من ثلث المال فى قول جمهور العلماء .

وحكى عن أهل الظاهر فى الهبة المقبوضة أنها من رأس المال ، وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » رواه ابن ماجه وغيره ، وهذا يدل على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وقد أسلفنا القول فى بسط مايكون من رأس المال وما يكون من الثلث فاشدد به يديك . وحكم العطايا فى مرض الموت المخوف حكم الوصية فى خمسة أشياء .

(أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة .

(الثانى) أنها لا تصح لوارث إلا باجازة بقية الورثة .

(الثالث) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحة .

(الرابع) أن يزاحم بها الوصايا فى الثلث .

(الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ، ويفارق الوصية فى ستة أشياء ٨

أحدها : أنها لازمة فى حق المعطى ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ، ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقــه فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية فى المرض ، فإنه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض ، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

(الثانى) أن قبولها على الفور فى حال حيــاة المعطى وكذلك ردها . والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها الا بالموت ، فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت .

(الثالث) أن العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها فى الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر فى غير العتق ، والوصية بخلافه .

(الرابع) أنها تقدم على الوصية . وهذا قول أحمد والشافعى وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا فى العتق فإنه حكى عنهم تقديمه ، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه .

(الخامس) العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء الأول فالأول سواء كان الأول عتيقا أو غيره وبهذا قال أحمد والشافعى .

وقال أبو حنيفة : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد . وإن كانت

من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وإن تأخرت سوى بينهـا وبين العتق . وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمى على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين ، وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد : يقدم العتق تقدم أو تأخر .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل القبض للهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم ، وما لزم المريض فى مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه كأرش الجناية وما عارض عليه بثمن المثل . وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا ، وهذا عند الشافعى وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله حاجة فى نفسه فيقدم بذلك على وارثه . ويعتبر فى المريض الذى هذه أحكامه شرطان أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح فى مرضه الذى أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح، لأنه ليس بمرض الموت . (الثانى) أن يكون مخوفاً ، والأمراض على ثلاثة أقسام غير مخوف كوجع الضرس والعين والأطراف والصداع وارتفاع الحرارة الطارىء ، فهذا حكمه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه فى العادة .

(والثانى) الأمراض المزمنة كالجذام والربو والفالج والذبحة الصدرية والسل فهذا الضرب إن أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف ، وقال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأحمد : إن وصية المجذوم والمفلوج من الثلث لأنه محمول على أنهما صاحبا فراش ، ومذهب الشافعى : أنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم لاسيما الفالج إذا أزمن .

(الثالث) من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل تزيف المخ أو الحمى الشوكية فلا يصح أما من اشتد مرضه وصح عقله صح تبرعه وكذلك عند أصحاب أحمد .

وجملة ما مضى أن العطايا فى المرض مقدمة على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها لأن تلك ناجزة وهذه موقوفة ، فلو ضاق الثلث عن العطايا للمريض قدم الأسبق فالأسبق ، ولو ضاق الثلث عن الوصايا لم يقدم الأسبق لأن عطايا المرض تملك بالقبض المترتب فثبت حكم المتقدم . والوصايا كلها تملك بالموت فاستوى حكم المتقدم والمتأخر إلا أن يرتبهـا المريض فتمضى على ترتيبه ما لم يتخلل الوصايا عتق ، فإن تخللها عتق فإن كان واجباً فى كفارة أو نذر قدم على وصايا التطوع ، وإن كان تطوعا ففيه قولان (أحدهما) أن العتق مقدم على جميع الوصايا لقوته بالبراءة فى غير الملك وبه قال من الصحابة ابن عمر ومن التابعين شريح والحسن ومن الفقهاء مالك والثورى (والقول الثانى) أن العتق والوصـايا كلها سواء فى مزاحمـة الثلث لأن جميعها تطوع ، وبه قال من التابعين ابن سيرين والشـعبى ومن الفقهـاء أبو ثور ، على أن المريض مرض الموت اذا أشكل أمره رجع فى ذلك الى طبيبين مسلمين ، لأن الأمراض فى زماننا هذا قد تشعبت أصنافها وتعددت اختصاصات العالمين من الأطباء بها ، فقـد يكون المرض فى رأى أحـدهم مخالفاً لرأى الآخر ، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاقهما على حكم يؤخذ فى الوصية به . ويا حبذا لو تفقه أطباء المسلمين فى أحكام الدين المتصـلة بعلمهم ومهنتهم لكانت منهم أمة هادية ناصحة راشدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **وان كان فى الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان ، أو فى البحر وتموج ، أو فى أسر كفار يرون قتل الأسارى ، أو قدم للقتل فى المحاربة أو الرجم فى الزنا ، ففيه قولان :**

(أحدهما) أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث ، لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن فى المرض المخوف .

(والثانى) أنه كالصحيح ، لأنه لم يحدث فى جسمه ما يخاف منه الموت فان قدم لقتل القصاص فالمنصوص أنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح ، واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال أبو اسحاق : هى على قولين قياساً على الأسير فى يد كفار يرون قتل الأسارى : ومن أصحابنا من قال : لا تعتبر

عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لان الغالب من حال المسلم انه اذا قدر رحم وعفا ، فصار كالاسير فى يد من لا يرى قتل الأسارى) .

الشرح الأحكام : يحصل التخويف بغير ما ذكرناه فى مواضع خمسة تقوم مقام المرض :

(أولا) إذا التحم الجيشان واختلط الفريقان فى القتال وكانت كل فرقة مكافئة للأخرى أو مقهورة أمامها ، فأما الفئة الغالبة منهما فليست خائفة بعد ظهورها ، وكذلك إذا لم يلتحما بل كانت كل منهما متميزة ، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين فى الدين أو مفترقتين فعن الشافعى رضى الله عنه قولان : (أحدهما) هذا ، وبه قال مالك والأوزاعى والثورى وأحمد ، ونحوه عن مكحول (والثانى) ليس بمخوف لأنه ليس بمريض .

(والثانى) إذا قدم ليقتل قصاصاً أو غيره أو كمن قدم ليرجم فى حد الزنا فقولان أيضاً (أحدهما) أنه مخوف (والثانى) إن خرج فهو مخوف ، وإلا فلا ، لأنه صحيح البدن ، والظاهر العفو عنه ، وبالأول قال أحمد ، لأن التهديد بالقتل جعل إكراهاً يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ، ويبيع كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام .

(والثالث) إذا ركب البحر ، فإن كان ساكنا فليس بمخوف ، وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف ، فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله تعالى « هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى إذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف ، وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعووا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين » [1] .

(والرابع) الأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل ففيه قولان : (أحدهما) هو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا . وبه قال أبو حنيفة ومالك

(١) يونس : ٢٢

وابن أبى ليلى وأحمد بن حنبل . (والثانى) ليس خائفاً وعطيته من رأس ماله . وقال الحسن : لما حبس الحجاج إياساً ليس له من ماله إلا الثلث ، وقال القاضى أبو بكر : عطية الأسـير من الثلث ، ولم يفـرق ، وبه قال الزهرى والثورى وإسحاق ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد .

وقال الشعبى ومالك : الغازى عطيته من الثلث وقال مسروق إذا وضع رجله فى الغرز . وقال الأوزاعى : المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظـر القتل أو تفقأ عيناه هو فى ثلثه ، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل؛ لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف فلم يجز إلحاقه به وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى .

هذا اذا كان مأسوراً لطائفة من المسلمين فان المذهب أنه ليس مخوفاً ، لأن المسلمين لا يقتلون أسراهم من الكفار إلا بشروط فما بالك إذا كان الأسير مسلما .

(والخامس) وقوع الطاعون فى بلد ، فعن أحمد أنه مخوف ، والمذهب أنه ليس بمرض ، وإنما يخالف المرض والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان عجز الثلث عن التبرعات ـ لم يخل ـ اما ان يكون فى التبرعات المنجزة فى المرض أو فى الوصايا ، فان كان فى التبرعات المنجزة فى المرض فان كانت فى وقت واحد نظرت فان كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما فى اللزوم ، فان كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل ، وان كانت متساوية قسم بينها على التساوى كما يفعل فى الديون ، وان كان عتقاً فى عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمـــران ابن الحصين ؛ ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك الا بما ذكرناه ، فان وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره ، لان الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز اسقاطه بما بعده ، فان كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم : ان أعتقت غانماً فأنت حر ، ثم أعتق غانماً قدم عتق غانم

لان عتقه سابق . فان قال : ان اعتقت غانماً فانت حر حال عتق غانم ثم أعتق غانماً فقد قال بعض أصحابنا : يعتق غانم ، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره ، وعتق سالم متعلق بعتق غيره ، فاذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم ، واذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدي اثباته الى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم ، لأنه أصل ، ويحتمل عندي انه لا يعتق واحد منهما ، لانه جعل عتقهما في وقت واحد ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق احدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق فوجب أن يسقطا .

وان كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقدم ما تاخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت ، فان كانت كلها هبات أو كلها محاباة او بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل ان تفاضلت وعلى التساوى ان تساوت .

وان كان الجميع عتقاً اقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله وان كان بعضها عتقاً وبعضها محاباة او هبات ففيه قولان .

(احدهما) ان الثلث يقسم بين الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث ، ويلزم في وقت واحد (والثاني) يقدم العتق بما له من القوة ، وان كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا تقدم الكتابة لانه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات (والثاني) انها على قولين لانها تتضمن العتق فكانت كالعتق .

فصل وان وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثلث أو يقضي دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ، ففيه وجهان (أحدهما) يقسط الثلث على الجميع لان الجميع يعتبر من الثلث ، فان كان ما يخص الحج او الدين من الثلث لا يكفى تمم من رأس المال ، لانه في الأصل من راس المال ، وانما اعتبر من الثلث بالوصية ، فاذا عجز الثلث عنه وجب أن يتمم من أصل المال (والثاني) يقدم الحج والدين ، لانه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا .

فصل وان وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب ، أو له عين ودين ، دفع الى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . والى الورثة الثلثان ، وكل ما حضر من الغائب او نض من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له ، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال . وان وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله الف غائبة فللموصل له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان ، لأن الموصى له شريك الوارث في المال ، فصار كالشريك في المال .

وان اراد الموصى له التصرف فى ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان :

(أحدهما) تجوز لأن الوصية فى ثلث الحاضرة ماضية ، فمكن من التصرف فيه .

(والثانى) لا يجوز لانا منعنا الورثة من التصرف فى الثلثين والموقوفين . فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف فى الثلث ، وان دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة ، ففيه وجهان :

(احدهما) يعتق ثلث العبد ، لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال .

(والثانى) وهو ظاهر المذهب انه لا يعتق ، لانا لو اعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث ، ولم يحصل للورثة مثلاه ، وهذا لا يجوز) .

الشرح قال الشافعى : ولو أوصى بغلامه وهو يساوى خمسمائة وبداره لآخر وهى تساوى ألفاً وبخمسمائة لآخر والثلث ألف درهم ، دخل على كل واحد منهم عول نصف فصار للذى له الغلام نصفه ، وللذى له الدار نصفها ، وللذى له الخمسمائة نصفها .

قلت : إذا ضاق الثلث عن الوصايا فللورثة حالتان : حالة يجيزون ، وحالة يردون ، فان ردوا قسم الثلث بين أهل الوصايا بالحصص . وتسوى منه الوصية بالمعين والمقدر .

وحكى عن أبى حنيفة أن الوصية بالمعين مقدمة على الوصية بالمقدر ، استدلالا بأن المقدر يتعلق بالذمة . فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها بالذمة. وهذا غير صحيح ، لأن محل الوصايا فى التركة ــ سواء ضاق الثلث أو اتسع لها ــ فاقتضى أن يستوى المعين والمقدر مع ضيق الثلث كما يستويان مع اتساعه ، ولأن الوصية بالمقدر أثبت من الوصية بالمعين لأن المعين إن تلف بطلت الوصية به ، والمقدر إن تلف بعض المال لم تبطل الوصية .

فإذا تقرر استواء المعين والمقدر مع ضيق الثلث عنها وجب أن يكون عجز الثلث داخلا على أهل الوصايا بالحصص ، فإذا أوصى بسيارته لرجل

وقيمتها خمسمائة ، وبداره لآخر وقيمتها ألف وبخمسمائة لآخر : فوصايا الثلاثة كلها تكون ألفين ، فان كان الثلث ألفين فصاعداً فلا عجز . وهى ممضاة ، وإن كان الثلث ألفاً فقد عجز الثلث عن نصفها فوجب أن يدخل العجز على جميعها . ويأخذ كل موصى له بشىء نصفه فيعطى الموصى له بالسيارة نصفها ، وذلك مائتان وخمسون ويعطى الموصى له بالدار نصفها وذلك خمسمائة . ويعطى الموصى له بالخمسمائة نصفها وذلك مائتان وخمسون .

وعلى قول أبى حنيفة تسقط الوصية بالخمسمائة المقدرة ، ويجعل الثلث بين الموصى له بالسيارة والدار ، فيأخذ كل واحد منهما ثلثى وصيته لدخول العجز بالثلث منها ، فلو كان الثلث فى هذه الوصايا خمسمائة فهو ربع الوصايا الثلاث فيعطى كل واحد ربع ما جعل له ، ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائة فيجعل لكل واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس .

وإن أجازوا الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها ودخول العجز بالنصف عليها ففى إجازتهم قولان :

(أحدهما) أن اجازتهم ابتداء عطية منهم لأمرين : (أحدهما) أن ما زاد على الثلث منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه .

(والثانى) أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منعوه وجب أن يكونوا بالإجازة معطين لما أجازوه فعلى هذا قد ملك أهل الوصايا نصفاً بالوصية لاحتمال الثلث لها ولا يفتقر تملكهم لها إلى قبض ونصفها بالعطية لعجز الثلث عنها ، ولا يتم ملكهم إلا بقبضه .

(والقول الثانى) وهو أصح ، وبه قال أبو حنيفة : أن إجازة الورثة تنفيذ أو إمضاء لفعل الميت ، وإن ذلك مملوك بالوصية دون العطية لأمرين (أحدهما) أن ما استحقوه من الخيار فى عقود الميت لا يكونون بالإمضاء عاقدين لها كالمشترى سلعة اذا وجد وارثه به عيبا فأمضى الشراء ولم ينسخه

كان تنفيذاً ولم يكن عقداً . فكذلك خياره فى إجازة الوصية (والأمر الثانى) أن لهـم رد ما زاد على الثلث فى حقـوق القسـمة ، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه ، فصار الثلث وما زاد عليه سواء فى لزومه لهم ، فإذا اسـتوى الحكم فى الجميع مع اللزوم اقتضى أن يكون جميعه وصية لا عطية فعلى هذا يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال الثلث لهـا ، ونصف بالإجازة بعد الوصية من غير قبض تعيين ، ولا رجوع يسوغ .

فـرع قد أسلفنا القول فى عطايا المرض وتقديمها على الوصـايا إذا ضاق الثلث عنها ، وقلنا عن ترتيب المريض لها ما لم يتخلل الوصـايا عتق ، وأقوال الفقهاء الواردة عليه ، أما إذا أوصى أن يحـج عنه حجـة الإسلام المكتوبة من الثلث أو يقضى دينه من الثلث فقال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى أن يحج عنه ولم يحج حجة الإسلام ــ فإن بلغ ثلثه حجته من بلده أحج عنه من بلده ، وإن لم يبلغ أحـج عنـه من حيث بلغ . قال المزنى : والذى يشبه قوله أن يحج عنه من رأس ماله لأنه فى قوله دين عليه .

وجملة ذلك أن للمستدل فى الحج عنه حالتان ، حالة يوصى به وحالة لا يوصى به ، فإن لم يوص به فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يكون عليه حج واجب أو لا حج عليه ، فإن لم يكن عليه حج لم يجز أن يتطوع عنه بالحج ، وإن كان عليه حجة الإسلام فمات من غير أن يوصى بها فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميقات بلده وكذلك يخرج عنه من رأس ماله ما وجب عليه من زكوات وكفارات ، وإن لم يوص بها .

قال أبو حنيفة : لا يصح الحج عنه ولا الزكاة ولا الكفارة إلا بوصية منه وهذا فاسد بما ذكره النووى فى الحج بأقوى حجاج ، ولأن ما تعلق وجوبه بالمال لزم أداؤه وإن لم يوص به كالديون . وإذا لزم أداؤه عنـه فمن رأس المال كالديون وتخرج منه أجـرة المثل من الميقات لا من بلده ، وإن كانت استطاعته من بلده شرطاً فى وجوب حجه ، لأنه إذا كان حيا لزمه أداؤه بنفسه فصار نفقة معتبرة فى استطاعته ، وإذا مات لم يتعين الثلث عنه

أن يكون فى بلده ، وإنما لزم أن يؤتى بالحج من ميقات بلده فلذلك اعتبر أجرة المثل من ميقات بلده .

فـــرع إذا أوصى أن يحج عنه ، فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام : (أحدها) ان يجعل الحج من رأس ماله ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يذكر قدر ما يحج به عنه . (والثانى) أن لا يذكر ، فإن لم يذكر أخرج عنه من رأس ماله قدر أجرة المثل من ميقات بلده ، ولا يستفاد بوصيته إلا التذكير والتأكيد ، وسواء ذكر القدر أم لم يذكر ، فإن أجـرة المثل أتم إذا كانت من الميقات وخروجها من رأس المال .

(والقسم الثانى) أن يوصى بالحج من ثلثه فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يجعل كل الثلث مصروفا الى الحجة الواجبة عليه فهذا الحج عنه بالثلث من بلده إن أمكن ، ولا يجوز أن يدفع إلى وارثه إن زاد على أجرة المثل ويجوز أن يدفع إليه ان لم يزد ، فان عجز الثلث عن الحج من بلده أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه . فإن عجز إلا من ميقات البلد أحج به عنه من ميقات البلد ، فان عجز عنه وجب إتمام أجرة المثل من ميقات بلده من رأس المال وصار فيها دور ، لأن ما يتمم به أجرة المثل من رأس ماله يقتضى نقصان رأس المال .

(والضرب الثانى) أن لا يجعل كل الثلث مصروفا إلى الحج بل يقول : أحجوا عنى من ثلثى ، فهذا إما أن يذكر قدراً فلا يزاد عليه إن وجد ويستأجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فإن لم يوجد من يحج بها من ميقاته وجب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لأن القدر الذى حدده من الثلث لا يزاد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال ، وإما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجرة المثل ثم فيها وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى إسحق المروزى : الظاهر من كلام الشافعى أجرة المثل من بلد الموصى لأن الوصية فى الثلث تقتضى الكمال . (والوجه الثانى) أجرة مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص ، فإن عجز الثلث عـن

جميع الأجرة تمم الجميع مثل أجرة الميقات من رأس المـال . فلو كان فى الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففى تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو إسحق المروزى .

(أحدهما) يقدم الحج على جميع الوصـايا فى الثلث لأنه مصروف فى فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج فى أهل الوصايا (والوجه الثانى) أنه يقسط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لأن الحج وان وجب فله محل غير الثلث تساوى فى الثلث أهل الوصايا ثم تمم أجرة المثل من رأس المال ، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضـائها من ثلثـه (أحدهما) يتقدمون بها على أهل الوصايا . (والثانى) يحاصـونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثانى إذا جعله مـن ثلثه .

(القسم الثالث) أن يطلق الوصية فلا يجعـله من الثلث ولا من رأس المال فالذى نص عليه الشافعى فى الجديد فى مناسك الحج أنه يحج عنـه من رأس المال ، وقال فى الوصايا : يحج عنه من ثلثه ، فاختلف أصـحابنا فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين (أحدهما) يكون من رأس المال كمـا لو لم يوص به لوجـوبه كالديون (والقول الثانى) أن يكون من الثلث ليستفاد بالوصية ما لم يكن مستفاداً بغيرها . وقال أبو على بن خيران : ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو تبعيض الحكم على حالين فالذى جعله فى الثلث هو أجرة مثل المسير من بلده إلى الميقات ، والذى جعله من رأس المال هو أجرة المثل من الميقات . وقال أبو إسحق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : يكون ذلك من رأس المال قولا واحداً ، والذى قاله ههنا أنه يكون فى الثلث إذا خـرج بأنه فى الثلث توفيراً على ورثته ، ألا تراه قال : فإن لم يبلغ تمم من رأس المال .

وإذا وصى بالحج تطوعاً عنه بمال ففيه قولان (أحدهما) أن الوصـية باطلة (والثانى) جائزة وقد بسط النووى توجيهها فى كتاب الحج .

فــرع قال مالك بن أنس رضى الله عنه : إذا أوصى لرجل بمائة دينار له حاضرة وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة فالورثة بالخيار بين إمضاء الوصية بالمائة كلها عاجلا ، سواء حل الدين وسلم الغائب أم لا ، وبين أن يسلموا ثلث المائة الحاضرة وثلث الدين من المال الغائب ويصير الموصى له بالمائة شريكا بالثلث فى كل التركة ، وان كثرت وسمى ذلك خلع الثلث ، استدلالا بأن للموصى ثلث مائة ، فإذا غير الوصية بالثلث فى بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه ، فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى ، فهذا دليل مالك ، وما عليه فى هذا القول .

واستدل اسماعيل بن اسحق بأن تعيين الموصى للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة بمنزلة العبد الجانى إذا تعلقت الجناية فى رقبته فسيده بالخيار بين افتدائه بأرش جنايته أو تسليمه ، فهذا مذهب مالك ودليلاه .

ومذهب الشافعى رضى الله عنه أن للموصى له ثلث المائة الحاضرة ، وثلثاها الباقى موقوف على قبض الدين أو من الغائب ما يخرج المائة كلها من ثلثه أمضيت الوصية بجميع المائة ، وان كل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله الثلث منها . فإن برىء الدين وتلف الغائب استقرت الوصية فى ثلث المائة الحاضرة وتصرف الورثة فى ثلثيها ، لأنها صارت جميع التركة .

واختلف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغائب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن من التصرف فيها لأنه ثلث ممضى .

(والوجه الثانى) يمنع من التصرف فيها لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة فى مثليه ، وقد منع الورثة من التصرف فى ثلثى المائة الموقوف ، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف فى الثلث الممضى ، والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية

منهما ، لأنه إذا أجبر الورثة بين التزام الوصية فى ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية فى كل المائة فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية لأنهم اختاروا منعه من كل المائة فقد ألزمهم ثلث كل التركة ، وذلك غير موصى به .

وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائة فعلم فساد مذهبه بما يؤول إليه حال كل واحد من الخيارين ، فإذا جعلتم تعيين الوصية بالمائة الحاضرة إدخال ضرر أو جناية فالضرر قد رفعناه بوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب ، فصار الضرر بذلك مرتفعاً، وإذا زال الضرر ارتفعت الجناية منه فبطل الخيار فيه .

فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقى تركته التى تخرج كل المائة من ثلثها دين أو غائب ، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثاها على قبض الدين ووصول الغائب ، فاذا قبض ووصل منهما أو أحدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها . وهل يمكن الورثة فى حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرساً أو سيارة إن كانت وصية أو غير ذلك ، فتركب ويتصرف فى منفعتها أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن ذلك لئلا يلزمهم امضاء بما لم ينتفعوا بثلثيه ، وهذا على الوجه الذى يقول : إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثها منع من التصرف فى ثلثيها اعتباراً بالتسوية ، فعلى هذا ان برىء الدين وتلف الغائب استقر منكهم على ما وقف من ثلثيها وكان لهم التصرف فى الثلثين أو بيع ثلثى الفرس أو السيارة وإن اقتضى من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع الموصى له بالفرس أو السياراة عليهم بما أخذوه من كسبهما أو أجرة ، وليس للورثة أن يرجعوا على الموصى له بما أنفقوا على الفرس أو السيارة من نفقات السيارة أو الصيانة ، وقد كان لهم إجازة الوصية فصاروا متطوعين بالنفقة .

(والوجه الثانى) أنهم يمنعون من ذلك كما يمنعون من التصرف بالبيع ، لأن الظاهر نفوذ الوصية بعتقه ، وعلى هذا الوجه الذى يجوز للموصى له التصرف فى ثلث المائة ، وان منع الورثة من التصرف فى ثلثيها ، فعلى هذا إن برىء الدين وتلف الغائب ولم يتصرف الورثة فى استغلال الموصى به أدى الموصى له ثلثى غلة كسب الموصى به أو أجرة مثله للورثة لأنه لا يستحق فى الوصية إلا ثلثها والباقى للورثة ، وقد فوت عليهم منافع ثلثى المال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقى من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص ؛ وقال ابو ثور وابو العباس : لا تنفذ الوصية الا فى ثلث الباقى كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الأول ، لأن ثلث العبد ملكه ، وثلث ماله يحتمله ، فنفذت الوصية فيه كما لو اوصى له بعبد يحتمله الثلث ، ويخالف هذا اذا اوصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه ، لأن الوصية هناك بثلث ماله ، وماله هو الباقى بعد الاستحقاق ، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقى وله مال غيره يخرج الباقى من ثلثه .

فصـــل وان وصى له بمنفعة عبد سنة ، ففى اعتبارها من الثلث وجهان : (احدهما) يقوم العبد كامل المنفعة ، ويقوم مسلوب المنفعة فى مدة سنة ؛ ويعتبر ما بينهما من الثلث . (والثانى) : تقوم المنفعة سنة ، فيعتبر قدرها من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن الموصى به هو المنفعة ، فلا يقوم غيرها ، وان وصى له بمنفعة عبد على التأبيد ففى اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه .

(احدها) : تقوم المنفعة فى حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة فى حق الوارث ، لأن الموصى له ملك المنفعة ، والوارث ملك الرقبة ، وينظر كم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة ، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث .

(والثانى) : تقوم المنفعة فى حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية ، ولا تقوم الرقبة فى حق الموصى له ، لأنه لم يملكها ولا فى حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعة فى حقه لا فائدة له فيها ، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة ، فتعتبر من الثلث .

(والثالث) وهو المنصوص : تقوم الرقبة بمنافعها فى حق الموصى له ، لان المقصود من الرقبة منفعتها ، فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت فى حقه . وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها ، وان وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة فى حق من وصى له بها ، والمنفعة فى حق من وصى له بها ، لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى له بشىء بعينه فاستحق ثلثه كان له الثلث الباقى اذا احتمله الثلث ، واذا أوصى له بثلث دار هو فى الظاهر مالك لجميعها فاستحق ثلثا الدار وبقى على ملك الموصى ثلثها ، فالثلث كله للموصى له اذا احتمله الثلث ، وهو قول الجمهور .

وقال أبو ثور : يكون له ثلث الثلث استدلالا بأنه لما أوصى له بثلثها ، وهو فى الظاهر مالك لجميعها تناولت الوصية ثلث ملكه منها ، فإذا بان أن ملكه منها الثلث وجب أن تكون الوصية بثلث الثلث ، لأنه كان ملكه منها كمن أوصى بثلث ماله وهو ثلاثة آلاف درهم فاستحق منهـا ألفـان كانت الوصية بثلث الألف الباقية هكذا قال أبو ثور من الفقهاء وأبو العباس ابن سريج من أصحابنا ، وهو فاسد من وجهين .

أحدهما : أن ما طرأ من استحقاق الثلثين ليس بأكثر من أن يكون عند الوصية غير مالك للثلثين ، وقد ثبت أنه لو أوصى له بثلث دار هو قـدر ملكه منها كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث . كذلك إذا أوصى له بثلثها فاستحق ما زاد على الثلث منها .

والثانى : هو أن رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع ، وقد ثبت أنه لو باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقى من ثلثها صحت الوصية بـكل الثلث الباقى بعد البيع ، فكذلك تصح بالثلث الباقى بعد المستحق ، وليس لما ذكراه من استدلال بثلث المال وجه ، لأن الوصية لم تعتبر إلا فى ثلث ملكه ، وملكه هو الباقى بعد الاستحقاق ، ولو فعل مثل ذلك فى الوصية بالدار فقال : قد أوصيت لك بثلث ملكى من هذه الدار فاستحق ثلثاها كان له ثلث ثلثها الباقى .

مسألة إذا ابتدأ الوصية بثلث ماله لرجل ، ثم أوصى أن يحج عنه رجل بمائة درهم ، ثم أوصى بالباقى من ثلث المال لآخر ، فقد اختلف أصحابنا فى الموصى له بالباقى فى هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثلث على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أنها باطلة لأن تقديم الوصية بالثلث يمنع من أن يبقى شىء من الثلث ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة الوصية بالثلث وبالمائة أمضيا وان لم يجيزوها ردا الى الثلث ، فجعل نصف الثلث لصاحب الثلث ، وكان النصف الآخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقى على ما مضى من الوجهين .

فرع الوصية بالمنفعة كما أسلفنا القول كالوصية بالعين ، فلما كان الموصى له بالرقبة يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة أيضاً يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية ، فإذا ثبت هذا فالوصية بالمنفعة ضربان مقدرة بمدة ومؤبدة . فإن قدرت بمدة كأن قال : قد أوصيت لزيد بخدمة عبدى سنة فالوصية جائزة له بخدمة سنة ، والمعتبر فى الثلث منفعة السنة دون الرقبة . وفى كيفية اعتبارها وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنه يقوّم العبد كامل المنفعة فى زمانه كله . فاذا قيل مائة دينار قوم وهو مسلوب المنفعة سنة . فاذا قيل ثمانون ديناراً فالوصية بعشرين ديناراً . وهى خارجة من الثلث ان لم يكن على الموصى دَين .

(والوجه الثانى) وهو الذى أراه مذهبا أنه يقوم خدمة مثله سنة فتعتبر من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن المنافع المستهلكة فى العقود والغصوب هى المقومة دون الأعيان . فلو أراد أن يستأجر دكانا فإن ذلك يعد معاوضة على المنفعة فلا تقوم العين على حدة والمنفعة على حدة ، وإنما العقد لا يكون إلا على المنفعة فكذلك فى الوصايا ، فإذا علم القدر الذى تقومت به خدمة السنة اما من العين على الوجه الأول أو من النافع على الوجه الثانى نظر ، فإن خرج جميعه من الثلث صحت الوصية له بخدمة جميع السنة . وإن خرج

ثلثه من الثلث رجعت الوصية الى ثلثها واستخدمه ثلث السنة فاذا تقرر أنه على هذه العبرة استحق استخدامه جميع السنة ، فلا يخلو أن يكون فى التركة مال غير العبد أم لا ، فإن كان فى التركة مال غيره إذا أمكن الموصى من استخدامه سنة أمكن الورثة أن يتصرفوا من التركة فى تلك السنة بما يقابل مثل العبد ، فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة موالية حتى يستوفى جميع وصيته ، والورثة لا يمنعون من التصرف فى رقبة العبد حتى تمضى السنة فإن باعوا الموصى بمنافعه عبداً كان أو فرساً أو سيارة أو بيتاً قبل مضى السنة كان فى بيعه قولان كالعبد المؤاجر .

وان لم يكن فى التركة مال غير الموصى بمنافعه ولا خلف الموصى سواه ففى كيفية انتفاع الموصى له سنة ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج .

(أحدها) أنه ينتفع به سنة متوالية ويمنع الورثة من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له سنة وصيته ، ثم حينئذ يخلص للورثة بعد انقضائها .

(والوجه الثانى) أنه يستخدم ثلث الموصى به ثلاث سنين ، ويستخدم الورثة ثلثيه حتى يستوفى الموصى له سنة وصيته فى ثلاث سنين لئلا يختص الموصى له بما لم يحصل للورثة مثلاه .

(والوجه الثالث) أن يتهايأ عليه الموصى له والورثة ، فيستخدمه الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستوفى سنة وصيته فى ثلاث سنين . والوجه الأول أصح لأنهم قد صاروا إلى ملك الرقبة فلم يلزم أن يقابلوا الموصى له بمثلى المنفعة لأن حق الموصى له فى استخدام الموصى به جميعه ، فلم يجز أن يجعل فى ثلثه ، ولأن حقه مفضل ومعجل فلم يجز أن يجعل مرجأ أو مفرقاً .

واذا كانت الوصية بالمنفعة على التأبيد ، كأن قال : أوصيت لزيد باستخدام سيارتى أبداً فالوصية جائزة إذا حملها الثلث ، واختلف أصحابنا فى الذى يعتبر قيمته فى الثلث على وجهين (أحدهما) قاله الشافعى رضى الله

عنه في اختلاف العراقيين ، وهو اختيار أبى العباس بن سريج أنه تقوم جميع الرقبة فى الثلث ، وإن اختصت الوصية بالمنفعة كما تقوم رقبة الوقف فى الثلث .

وإن ملك الموقوف عليه المنفعة فعلى هذا هل يصير الموصى له مالكا وإن منع من بيعها أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها (والثانى) يملكها كما يملك أم الولد . وإن كان ممنوعا من بيعها لتقويمها عليه فى الثلث ، وهذا قول أبى حامد المروروذى . هذا إذا قيل إن الرقبة هى المقومة (والوجه الثانى) أنه يقوم منافع الموصى به فى الثلث دون الرقبة ، لأن التقويم إنما يختص بما تضمنته الوصية ، ولا يجوز أن يتجاوز بالتقويم إلى غيره ولأنه لو أوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لرجل لم يقوم فى حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة . كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة واعتبار ذلك أن يقول : كم قيمة الموصى به بمنافعه ؟ فإذا قيل مائة دينار ، قيل : وكم قيمته مسلوب المنافع ، فإذا قيل : عشرون ديناراً علم أن قيمة منافعه ثمانون ديناراً فتكون هى القدر المعتبر من الثلث .

فعلى هذا هل يحتسب الباقى من قيمة الرقبة وهو عشرون ديناراً على الورثة فى ثلثيهم أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يحتسب به عليهم ، لأنه قد دخل ملكهم وهذا قول أبى إسحاق المروزى (والوجه الثانى) لا يحتسب به عليهم لأن ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم .

فإذا ثبت ماذكرناه وخرج القدر الذى اعتبرناه من الثلث صحت الوصية بجميع المنفعة ، وكان الموصى له استخدامه أبداً ما كان حياً وأخذ جميع أكسابه المألوفة ، وهل يملك ما كان غير مألوف منها ؟ على وجهين : أصحهما يملكه . وفى نفقته ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنها على الموصى له بالمنفعة ، لأن النفقة تختص بالكسب (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها على الورثة لوجوبها بحق الملك (والثالث) وهو ما حكاه أبو حامد الاسفرايينى تجب فى بيت المال لأن كل واحد من مالكى المنفعة والرقبة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه فعدل بها إلى بيت

المال ، فان مات الموصى له فهل تنتقل المنفعة إلى وارثه أم لا ؟ على وجهين حكاهما أبو على الطبرى فى الإفصاح .

(أحدهما) أن المنفعة تنتقل إلى ورثته لتقويمها على الأبد فى حقه ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة العين .

(والوجه الثانى) قد انقطعت الوصية بموت الموصى له لأنه وصى له فى عينه بالخدمة لا لغيره ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة الموصى له ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصى .

فأما بيع الموصى بمنفعته ، فإن أراد الموصى له بالمنفعة ببيعه لم يجز سواء ملك جميع المنفعة أو بعضها ، وسواء قيل : إنه مالك أو غير مالك . وإن أراد ورثة الموصى بيعه ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يجوز لثبوت الملك . (والثانى) لا يجوز لعدم المنفعة . (والثالث) يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعة ولا يجوز من غيره ، لأن الموصى له ينتفع به دون غيره . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان وصى له بثمرة بستانه ، فان كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث ، وان لم تخلق ـ فان كانت على التابيد ـ ففى التقويم وجهان :**

(احدهما) يقوم جميع البستان (والثانى) يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فان احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقى من البستان . وان احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة ، فان كان الذى يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف ، وللورثة النصف ، والله أعلم) .

الشرح الأحكام : إذا أوصى له بثمرة فذلك ضربان : (أحدهما) أن تكون الثمرة موجودة فالوصية جائزة وتعتبر قيمتها من الثلث عند موت

الموصى لا حين الوصية فإن خرجت من الثلث فهى للموصى له ، وإن خرج بعضها كان له منها قدر ما احتمله الثلث ، وكان الورثة شركاءه فيها بما لم يحتمله الثلث منها (والضرب الثانى) أن يوصى بثمرة لم تخلق فهذا على ضربين .

(الضرب الأول) أن يوصى بثمرته على الأبد فالوصية جائزة ، وفيما يقوم فى الثلث وجهان : (أحدهما) جميع البستان . (والثانى) يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين من الثلث ، فإن احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبداً ما بقى البستان ، وإن احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة ؛ مثل أن يحتمل النصف فيكون للموصى له النصف من ثمرة كل عام وللورثة النصف الباقى، وإذا احتمل الثلث جميع القيمة وصارت الثمرة كلها للموصى له فاحتاجت إلى سقى فلا يجب على الورثة السقى بخلاف بائع الثمرة حيث وجب عليه سقيها للمشترى إذا احتاجت إلى السقى ، لأن البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملا والسقى من كماله ، وليس كذلك الوصية لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له ولا يجب على الموصى له سقيها ، لأنها بخلاف البهيمة الموصى بخدمتها فى الحرث والسقى ، لأن نفقة البهيمة مستحقة لحرمة نفسها ووجوب حفظها بخلاف الثمرة ، وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقى لم يلزم واحداً منهما ؛ وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه ، فإن مات النخل استقطع جذاعه للورثة دون الموصى له ، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا إن غرس الورثة مكانه نخيلا كان له فيه حق ، لأن حقه كان فى النخل الموصى له به دون غيره .

(والضرب الثانى) أن يوصى بثمرة مدة مقدرة ، كأن أوصى له بثمرة عشر سنين ؛ فمن أصحابنا من ذهب الى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة لأن تقويم المنفعة المقدر ممكن ، وتقويم الثمار المقدرة المدة غير ممكن . وذهب سائر أصحابنا إلى جوازها كالمنفعة ، وفيما تقدم فى الثلث وجهان .

(أحدهما) أنه يقوّم البستان كامل المنفعة ، ويقوّم مسلوب المنفعة ، ثم يعتبر ما بين القيمتين فى الثلث .

(والوجه الثانى) أن ينظر أوسط ما تثمره النخل غالبا فى كل عام ثم تعتبر قيمة الغالب من الثمرة فى أول عام ، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص فان خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة فى تلك المدة ، وإن خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام إلى انقضاء تلك المدة ، وليس له أن يستكمل هذه كل عام فى نصف تلك المدة ، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام فى المقادير والأثمان ، فخالف منافع العبد والبهيمة والدار . ومثل الوصية بثمرة البستان أن تكون الماشية فيوصى له بدرها ونسلها ، وتجب نفقة الماشية كما أسلفنا والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب جامع الوصـــايا

اذا وصى لجيرانه صرف الى اربعين داراً من كل جانب ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « حق الجوار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا ، يميناً وشمالا وقداماً وخلفاً » .

فصـــل وان وصى لقراء القرآن صرف الى من يقرأ جميع القرآن وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه ؟ ففيه وجهان .

(احدهما) يدخل فيه لعموم اللفظ .

(والثانى) لا يدخل فيه ، لانه لا يطلق هذا الاسم فى العرف الا على من يحفظه ، وان وصى للعلماء صرف الى علماء الشرع ؛ لانه لا يطلق هذا الاســـم فى العرب الا عليهم ؛ ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقه ، لان سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم) .

الشرح حديث أبى هريرة مرفوعا « حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يمينا وشمالا وقدام وخلف » هكذا ورد بغير تنوين

قدام وخلف ، وقد ساقهما المصنف منونا لهما والحديث أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار ، وهو ضعيف هكذا أفاده الهيثمي فى مجمع الزوائد على أن القول بهذا التحديد لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد ، وبه قال أحمد وغيره من الفقهاء ، على أن المعروف من مذهب الشافعي وبناء على أصله « إذا صح الحديث فهو مذهبي » أنه لا عبرة بحديث لم يصح سنده فى الأصول ولا فى الفروع ، والعبرة فى هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه ، إلا أن الماوردى قال فى حاويه فى الغارمين : قال الشافعي : ويعطى من له الدين عليهم أحب للبر ، ولو أعطوه فى دينهم رجوت أن يتبع .

فإن ضمنه فى اثنين ضمن حصة الثالث ، وفيه وجهان :

(أحدهما) يضمن ثلث الثلث .

(والثانى) أنه يضمن أقل ما يجزىء أن يعطيه ثالثاً ويخص به غارما فى بلد المال ومن كان منهم ذا رحم أولى لما فى صلتها من زيادة الثواب ، فان لم يكونوا فجيران المال لقوله تعالى : « والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب »[1] ولقوله صلى الله عليه وسلم «مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » قال الشافعي : وأقصى الجوار منهم أربعون داراً من كل ناحية ، وهكذا لو أوصى لجيران كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية ، وقال قتادة : الجار الدار والداران ، وقال سعيد ابن جبير : هم الذين يسمعون الاقامة ، وقال أبو يوسف : هم أهل المسجد . ودليلنا ما روى « أن رجلا كان نازلاً بين قوم وقال النبى صلى الله عليه وسلم يشكوهم ، فبعث النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعليا رضى الله عنهم وقال : اخرجوا إلى باب المسجد وقولوا : ألا إن الجوار أربعون داراً » .

قلت : فإذا صح ما استدل به الماوردى من بعث الصحابة الثلاثة ليبلغوا

---

(١) النساء : ٣٦

عنه صلى الله عليه وسلم هذا كان دليلا مسندا للمذهب وإلا كان تحديد الأربعين اجتهاداً وعرفا يصار إليهما ، على أنه قد استغل بعض السفهاء من واضعى الحديث حث القرآن والسنة على حسن الجوار فجعلوه مرتعاً لأحاديث غير شريفة من ذلك ما روى عن جابر رضى الله عنه مرفوعا « الجيران ثلاثة : جار له حق واحد وهو أدنى الجيران وجار له حقان وجار له ثلاثة حقوق ، فأما الذى له حق واحد فجار مشرك لا رحم له ، له حق الجوار ، وأما الذى له الحقان فجار مسلم له حق الاسلام وحق الجوار ، وأما الذى له ثلاثة حقوق فجار مسلم ذو رحم له حق الاسلام وحق الجوار وحق الرحم » وهذا الحديث رواه البزار عن شيخه محمد الحارثى وهو وضاع ، وفيما روى من الأحاديث الصحيحة غنى ، إلا أن الحديث الذى ساقه الماوردى قد رواه الطبرانى عن كعب بن مالك ولفظه : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يا رسول الله انى نزلت فى محلة بنى فلان ، وإن أشدهم لى أذى أقربهم لى جواراً فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعليا يأتون باب المسجد فيقومون على بابه فيصيحون : ألا إن أربعين داراً جار ، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه » وفى إسناده يوسف بن السفر ، أبو الفيض الدمشقى كاتب الأوزاعى ورواية ، كما روى عن مالك . قال النسائى : ليس بثقة . وقال الدارقطنى : متروك يكذب . وقال ابن عدى ؛ روى بواطيل وقال البيهقى : هو فى عداد من يضع الحديث . وقال أبو زرعة وغيره : متروك .

فإذا وصى لقراءة القرآن وكان المضاف إليه معرفاً بأل وهو يقتضى إما العهد أو الاستغراق ؛ فان قلنا بالأول ، فعلى الوجه الذى يجهل الوصية لمن يحفظ القرآن كله ويخرج بذلك من لا يحفظه جميعاً ، وإن قلنا بالثانى فكل ما قرىء من القرآن فهو قرآن دخل من لا يحفظه كله لاشتمال لفظه عليه ، فإذا وصى وقال لقراء قرآن شمل من يحفظه كله ومن يحفظ آية واحدة قولا واحداً .

فان وصى للعلماء صرف الى علماء وفقهاء الأحكام ، ودارسى الفروع ، لأنه لا يطلق عرفاً عند من يوصون للقربة إلا عليهم ولا يدخل فيهم صغار

المتعلمين للحديث لأنهم يسمعون الحديث ، ولا يشتغلون باختلاف أسانيده ، وأسماء رواته ، ومعرفة الثقة العدل الضابط منهم والمجروح بدلس أو سوء حفظ أو تصديق لكل ما يسمع ، أو شذوذ ، أو نكارة أو وضع ، أو صاحب بمقالة فى الإسلام ، أو غلو فى مذهب يخرج به عن حد العدالة الى غير ذلك مما ينبغى العلم به وارتشاف مورده وبذل الوسع فى خدمته ، لأن الحديث أشرف علوم الدين وأعظمها مرتقى ، وأرجاها عاقبة .

ولله در أبى حميد القرطبى حيث قال :

نور الحديث مبين فادن واقتبس … واحد الركاب له نحو الرضا الندس
واطلبه بالصين فهو العلم إن رفعت … أعلامه برباها يابن أندلس
فلا تضع فى سوى تقييد شارده … عمراً بفوتك بين اللحظ والنفس
وخل سمعك عن بلوى أخى جدل … شغل اللبيب بها ضرب من الهوس
ما إن سمعت بأبى بكر ولا عمر … ولا أنت عن أبى هر ولا أنس
إلا هوى وخصومات ملفقة … ليست برطب إذا عدت ولا يبس
فلا يغرك من أربابها هذر … أجدى وجدك منها نغمة الجرس
أعرهم أذناً صما اذا نطقوا … وكن اذا سألوا تعزى الى خرس
ما العلم إلا كتاب الله أو أثر … يجلو بنور هداه كل ملتبس
نور لمقتبس خير لملتمس … حمى لمحترس نعمى لمبتئس
فاعكف ببابهما على طلابهما … تمحو العمى بهما عن كل ملتبس
ورد بقلبك عذباً من حياضهما … تغسل بماء الهدى ما فيه من دنس
واقف النبى وأتباع النبى وكن … من هديهم أبداً تدنو الى قبس
والزم مجالسهم واحفظ مجالسهم … واندب مدارسهم بالأربع الدرس
واسلك طريقهم واتبع فريقهم … تكن رفيقهم فى حضرة القدس
تلك السعادة إن تلمم بساحتها … فحط رحلك قد عوفيت من تعس

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان وصى للأيتام لم يدخل فيه من له اب ، لان اليتم فى بنى آدم فقد الأب ، ولا يدخل فيه بالغ ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يتم

بعد الحلم » وهل يدخل فيه الغنى ؟ فيه وجهان . (أحدهما) يدخل فيه ، لأنه يتيم بفقد الأب .

(والثانى) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على غنى ، فان وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء ، وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على الرجال (والثانى) يدخل فيه لأنه قد يسمى الرجل رملا كما قال الشاعر :

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هـذا الأرمل الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال ؟ على وجهين كما قلنا فى الأيتام .

فصـل **وان وصى للشيوخ اعطى من جاوز الاربعين ، وان وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البلوغ الى الثلاثين ، وأن وصى للغلمان والصبيان اعطى من لم يبلغ لأن هذه الأسماء لا تطلق فى العرف الا على ما ذكرناه) .**

الشرح حديث « لا يتم بعد الحلم ، رواه أبو داود عن على كرم الله وجهه قال « حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل » وفى إسناده يحيى بن محمد المدنى الجـارى نسبة إلى الجار بلدة على الساحل بالقرب من المدينة المنورة ، قال البخارى : يتكلمون فيه ، وقال ابن حبان : يجب التنكب عما انفرد به من الروايات . وقال العقيلى : لا يتابع يحيى المذكور على هذا الحديث وفى الخلاصة أن العجلى وابن عدى وثقاه .

قال المنذرى : وقد روى هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وأنس ابن مالك وليس فيها شىء يثبت ، وقد أعل هذا الحديث أيضاً عبد الحق وابن القطان وغيرهما ، وحسنه النووى فيما سلف من أجزاء المجموع متمسكا بسكوت أبى داود عليه ، ورواه الطبرانى بسند آخر عن على ، ورواه أبو داود الطيالسى فى مسنده وأخرج نحوه أيضاً ابن عـدى عن جابر ، وهذه الروايات يقوى بعضها بعضا فنرقى بالحديث إلى درجة الحسن .

وقد استدل بالحديث على أن الاحتلام من علامات البلوغ ، وتعقب بأنه بيان لغاية مدة اليتم ، وارتفاع اليتم لا يستلزم البلوغ الذى هو مناط التكليف ، إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته ، ويؤيد مفهومه عند القائلين بأن الاستلام من علامات البلوغ رواية أحمد وأبى داود والحاكم من حديث على رضى الله عنه وفيه « وعن الصبى حتى يحتلم » وقد أسلفنا القول فى أبواب الحجر فى تعريف اليتيم ما ينفع فى هذا فليراجع . على أنه إذا أوصى للأيتام ووجد من الأيتام الفقراء من يفيدون من وصيته بما لا يبقى منه فضل ، كانوا أولى من اليتيم الغنى وإن شمله التعريف .

فإن وصى للأرامل فهو للنساء اللائى فارقهن أزواجهن بموت أو غيره ؛ وهو من أرمل المكان إذا صار ذا رمل ؛ وأرمل الرجل إذا صار بغير زاد لنفاده وافتقاره . وأرملت المرأة فهى أرملة ؛ وهى التى لا زوج لها لافتقارها الى من ينفق عليها . قال الأزهرى : لا يقال لها أرملة إلا اذا كانت فقيرة ، فإذا كانت موسرة فليست بأرملة ؛ والجمع أرامل حتى قيل : رجل أرمل إذا لم يكن له زوج وهو قليل ؛ لا يذهب زاده بفقد امرأته لأنها لم تكن قيمة عليه . قال ابن السكيت : والأرامل المساكين رجالا كانوا أو نساء .

وقال أحمد بن حنبل فى رواية جرت ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو للرجال والنساء والذى يعرف فى كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبى وإسحاق : هو للرجال والنساء . وأنشد أحدهم :

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها   فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وقال الآخر :

أحب أن أصطاد ظبيا سخيلا   رعى للربيع والشتاء أرملا

فعلى الوجه بأنه لا يدخل فى الوصية أرامل الرجال أن المعروف فى كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصى إلا عليه . ولأن الأرامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر ، لأن ما يختلف لفظ الذكر والأنثى فى واحده

يختلف فى جمعه ، وقد أنكر ابن الانبارى على قائل القول الآخر وخطأه ، والشعر الذى احتج به حجة عليه بالرواية التى سقناها ، أما على الرواية التى ساقها المصنف : كل الأرامل قد قضيت حاجتهم . فإنه يدل على شمول الأرامل للذكر والأنثى إذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان للذكر والأنثى ثم ورد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره ، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية لأرامل الرجال . فيكون أرامل جمع أرمل كأكابر وأعاظم وأصاغر وأسافل جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل .

على أن هناك ألفاظاً مشتركة بين الرجال والنساء غلب استعمالها للنساء لكثرة شيوعها فيهن وقلتها بين الرجال ، فالأيامى من قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » [1] ، وفى الحديث : « عوذ بالله من بوار الأيم قالوا: يطلق ذلك على الرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد بن المسيب قال: « آمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية » والعزاب للرجال والنساء ، والثيب للرجال والنساء والبكر للرجال والنساء .

فإذا أوصى للأرامل فهل يدخل فيه من لها مال ؟ على الخلاف الذى مضى فى اليتيم أما اذا وصى للشيوخ أعطى من جاوز الأربعين لأن ما دون الأربعين كهولة وما دون الكهولة فتوة أو شباب وما دون ذلك يفاعة ، وما دونه صبى وما دونه طفل ، فهو إلى السابعة طفل ، ثم إلى العاشرة صبى ، ثم إلى الخامسة عشرة يافع ثم إلى الثلاثين شاب أو فتى ؛ ثم إلى الأربعين كهل ، ثم بعد الأربعين شيخ ، ثم بعد الستين هرم

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان وصى للفقراء جاز أن يدفع الى الفقراء والمساكين ، وان وصى للمساكين جاز أن يدفع الى المساكين والفقراء ، لأن كل واحد من الاسمين يطلق على الفريقين ، وان وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين فى العطية ، لأن الجمع بينهما يقتضى الجمع فى العطية كما قلنا فى آية الصدقات ، وان وصى

---

(١) النور : ٣٢

لسبيل الله تعالى دفع الى الغزاة من اهل الصدقات ، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم فى عرف الشرع .

فان وصى للرقاب دفع الى المكاتبين ، لأن الرقاب فى عرف الشرع اسم للمكاتبين . وان وصى لأحد هذه الأصناف دفع الى ثلاثة منهم ، لأنه قد ثبت لهذه الالفاظ عرف الشرع فى ثلاثة ، وهو فى الزكاة ، فحملت الوصية عليها ، فان وصى لزيد والفقراء فقد قال الشافعى رحمه الله : هو كاحدهم . فمن اصحابنا من قال : هو بظاهره انه يكون كاحدهم يدفع اليه ما يدفع الى احدهم ، لأنه أضاف اليه واليهم فوجب أن يكون كأحدهم . ومنهم من قال : يصرف الى زيد نصف الثلث . ويصرف النصف الى الفقراء ، لأنه أضاف اليه واليهم ، فوجب ان يساويهم . ومنهم من قال : يصرف اليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه الى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة ، فكأنه وصى لأربعة ، فكان حق كل واحد منهم الربع وان وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء ــ وزيد فقير ــ لم يعط غير الدينار ، لأنه قطع الاجتهاد فى الدفع بتقدير حقه فى الدينار .

فصل **وان وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطىء وتميم ففيه قولان (احدهما) أن الوصية تصح وتصرف الى ثلاثة منهم ، كما قلنا فى الوصية للفقراء (والثانى) ان الوصية باطلة ، لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ فى بعضهم فبطل بخلاف الفقراء ، فانه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو فى ثلاثة فى الزكاة) .**

الشرح قال الامام الشافعى : واذا أوصى الرجل فقال : ثلث مالى فى المساكين فكل من لا مال له ولا كسب يغنيه داخل فى هذا المعنى وهو للأحرار دون المماليك ممن لم يتم عتقه . قال : وينظر أين كان ماله ؟ فيخرج ثلثه فى مساكين أهل ذلك البلد الذى به ماله دون غيرهم ، فان كثر حتى يغنيهم نقل إلى أقرب البلدان له ، ثم كان هكذا حيث كان له مال صنع به هذا . وهكذا لو قال : ثلث مالى فى الفقراء كان مثل المسكين يدخل فيه الفقير والمسكين ، لأن المسكين فقير ، والفقير مسكين إذا أفرد الموصى القول هكذا .

ولوقال : ثلث مالى فى الفقراء والمساكين ، علمنا أنه أراد التمييز بين الفقر والمسكنة ، فالفقير الذى لا مال له ولا كسب يقع منه موقعاً والمسكين من له مال أو كسب يقع منه موقعاً ولا يغنيه ، فيجعل الثلث بينهم نصفين ،

ونعنى به مساكين أهل البلد الذى بين أظهرهم ماله ، وفقراءهم وإن قل ، ومن أعطى فى فقراء أو مساكين فإنما أعطى لمعنى فقـر ، فينظر فى المساكين فإن كان فيهم من يخرجه من المسكنة مائة وآخـر يخـرجه من المسـكنة خمسون ، أعطى الذى يخرجه من المسكنة مائة سهمين والذى يخـرجه خمسون سهما واحداً وهكذا يصنع فى الفقراء على هذا الحساب ، ولا يدخل فيهم ؛ ولا يفضل ذو قرابة على غيره الا بما وصفت فى غيره من قدر مسكنته أو فقره ، لأن العطية له صدقة وصلة ؛ وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما ، فإن صرف الثلث فى أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن ، فإن صرفه فى اثنين كان فى قدر ما يضمنه وجهان .

(أحدهما) وهو الذى نص عليه الشافعى فى الأم أنه يضمن ثلث الثلث ، لأن أقل الأجزاء ثلاثة ، والظاهر تساويهم فيه .

(والوجه الثانى) أنه يضمن من الثلث قدر ما لو دفعه إلى ثلاثة أجزاء لا ينحصر بالثلث لأن له التسوية بينهم والتفضيل ، ولو كان اقتصر على واحد فأحد الوجهين أن يضمن ثلثى الثلث . والوجه الثانى أنه يضـمن ما يجزئه من دفعه إليهما فلو أوصى بثلث ما له للفقراء أو المساكين صرف الثلث فى الصنفين بالسوية ودفع السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة ، ودفع السدس الآخر إلى المساكين وأقلهم ثلاثة . فإن صرفه فى أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الآخر وجهاً واحداً ، ثم عليه صرف الثلث فىفقراء البلد الذى فيـه المال دون المالك كالزكاة فان تفـرق ماله أخرج فى كل بلد ثلث ما فيه ، فإن لم يوجدوا فيه نقل إلى أقرب البلاد به كما سلف القول فى زكاة المال من المجموع .

فأما زكاة الفطر ففيها وجهان :

(أحدهما) تخرج فى بلد المال دون المالك كزكاة المال .

(والثانى) تخرج فى بلد المالك دون المال لأنها عن فطرة بدنه وطهرة لصومه فان نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره كان فى الإجزاء قولان .

فأما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا فى إخراجه على قولين كالزكاة ، ومنهم من قال : يجزىء قولا واحداً وإن أساء ، لأن الوصية عطية من آدمى قد كان له أن يضعها حيث شاء .

فإن وصى فى سبيل الله صرف فى الغزاة لما قلناه فى الزكاة ويصرف ذلك **فى ثلاثة فصاعداً من غزاة البلد ومحاربيه أعنى بلد المال على حسب منازلهم أو الفرسان فان لم يوجدوا فى البلد نقل الى أقرب البلاد به .**
أو الفرسان فإن لم يوجدا فى البلد نقل إلى أقرب البلاد به .

فـــرع **اذا أوصى بثلثه فى الرقاب صرف فى المكاتبين ، وبه قال** أبو حنيفة وقال مالك : يشترى به رقاب يعتقون ، وأصل هذا اختلافهم فى سهم الرقاب فى الزكاة ، هل ينصرف فى العتق أو فى المكاتبين ، والدليل على ذلك قوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء »[1] فأثبت ذلك لهم بلام الملك والعبد لا يملك فيصرف إليه والمكاتب يملك فوجب صرفه إليه ، ولأنه مصروف فى ذوى الحاجات ، ولأن مال الزكاة مصروف لغير نفع يعــود إلى ربه ، فلو صرف فى العتق لعاد إليه الولاء فإذا تقرر أن سهم الرقاب فى الزكاة مصروف فى المكاتبين ، وجب أن يكون سهم الرقاب فى الوصايا مصروفا فى المكاتبين، لأن مطلق الأسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع .

فـــرع **اذا أوصى بشىء لزيد وللمساكين فقال الشــافعى رضى الله عنه : يكون كأحدهم ان عمهم أعطاه كواحد منهم ، ومن أصحابنا من قال :** يصرف إليه ربع الوصية وثلاثة أرباعها للفقراء ، ومنهم من قال : يصرف لزيد نصف الوصية والباقى للفقراء ، لأنه جعل الوصية لجهتين فوجبت القسمة بينهما وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ومحمد .

وعن محمد قول آخر : لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه ، لأن أقل الجمــع اثنان ، فإن كان أوصى لزيد بدينار وبثلثيه للفقراء ، وزيد فقير لم يدفــع إليه من سهم الفقراء شىء ، وليس له غير الدينار ، وبه قال الحسن البصرى وإسحاق بن راهويه . لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما ، إذ الظاهر

---

(١) التوبة : ٦٠

المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يفضى إلى تجويز دفع الجميع اليه ، ولفظه يقتضى خلاف ذلك .

فــــرع وقوله : فإن وصى لقبيلة عظيمـــة كالعلويين هم أبنـــاء على كرم الله وجهه وهم يطلقون هذا على من كان من ولد محمد بن الحنفية ، ولذلك أطلق بعض من يريد كمال الشرف منهم لقب الفاطميين على أنفسهم حتى ينفوا أنهم من أبناء ابن الحنفية فكل فاطمى علوى وليس العكس .

أما الهاشميون فهم بنو هاشم بن عبد مناف واسمه عمرو وسمى هاشماً لهشمه الثريد أيام المجاعة .

عمرو الذى هشم الثريد لقـــومه ورجال مـــكة مســـنتون عجاف

وولده عبد المطلب بن هاشم وكان لعبد المطلب اثنا عشر ولداً ، عبد الله أبو النبى صلى الله عليه وسلم وأبو طالب ، والزبير ، وعبد الكعبة ، والعباس وضرار ، وحمزة ، وحجل ، وأبو لهب ، وقثم ، والغيداق الملقب بالمقوم ، والحارث أعمام النبى صلى الله عليه وسلم .

والعقب منهم لستة : حمزة والعباس وأبو لهب والحـــارث وأبو طالب وعبد الله وقد ذكر ابن حزم وغيره أن حمزة انقرض عقبه .

أما طىء بفتح الطاء وتشديد الياء بهمزة فى الآخر أخذاً من الطاءة على وزن الطاعة ، وهى الايغال فى المرعى وهم بنو طىء بن زيد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان ، واليهم ينسب حاتم الطائى المشـــهور بالـــكرم ، وأبو تمام الطائى الشاعر المشهور وهم من العرب العاربة من حمير . كانت منازلهم باليمن ثم افترقوا بعد سيل العرم فنزلوا بنجد والحجاز ، ثم غلبوا بنى أسد على جبلى أجأ وسلمى من بلاد نجـــد فنزلوهما فعرفا بجبلى طىء ثم افترقوا فى أول الإسلام زمن الفتوحات فى الأقطار ، ومنهم بنو ثعـــل وزيد الخيل ، وبنو تميم من العرب المستعربة وكانت منازلهم بأرض نجـــد ومن بطونهم طابخة ومن بطونها مزينة وهم بنو عثمان وأوس ابنى عمــــر

ابن أد بن طابخة ومزينة أمهما عرفوا بها وهى بنت وبرة ومنهم كعب بن زهير المزنى صاحب قصيدة بانت سعاد التى ألقاها أمام النبى صلى الله عليه وسلم وسيأتى ذكرها فى الشهادات ومنهم الإمام إسماعيل بن إبراهيم المزنى صاحب الامام الشافعى رضى الله عنه •

اما الأحكام فإنه إن وصى لبنى فلان وهم قبيلة ويدخل فيهم الذكر والأنثى والخنثى ففى جواز الوصية قولان .

(أحدهما) تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم فما فوق كما قلنا فى الفقراء وبصحتها قال أحمد بن حنبل وقال : لا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون الى القبيلة (والقول الثانى) لا تصح الوصية لعدم امكان إعطاء الجميع ولا يطلق اللفظ فى العرف على فخذ منهم بحيث لو أوصى لبنى طىء فلا يخص بنى مزينة ولو أوصى لبنى هاشم فلا يخص بنى أبى طالب، فكان باطلا ويخالف الفقراء فإنه ينطبق عرفا على ثلاثة منهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اوصى ان يضع ثلثه حيث يرى لم يجز ان يضعه فى نفسه لانه تمليك ملكه بالاذن فلم يملك من نفسه كما لو وكله فى البيع ، والمستحب أن يصرفه الى من لا يرث الموصى من اقاربه ، فان لم يكن له اقارب صرف الى اقاربه من الرضاع ، فان لم يكونوا صرف الى جيرانه لانه قائم مقام الموصى والمستحب للموصى أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصى •

فصل وان وصى بالثلث لزيد ولجبريل ، كان لزيد نصف الثلث وتبطل فى الباقى ؛ فان وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان •

(أحدهما) ان الجميع لزيد ، لان ذكر الرياح لغو •

(والثانى) ان لزيد النصف وتبطل الوصية فى الباقى كالمسألة قبلها ، فان قال : ثلثى لله ولزيد ففيه وجهان :

(احدهما) ان الجميع لزيد ، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى :

(فان لله خمسه وللرسول) (١) .

(والثانى) انه يدفع الى زيد نصفه والباقى للفقراء لان عامة ما يجب لله تعالى يصرف الى الفقراء .

فصــــل **وان وصى لحمل امراة فولدت ذكراً وانثى صرف اليهما وسوى بينهما ، لان ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والانثى ، وان وصى ان ولدت ذكراً فله الف ، وان ولدت انثى فلها مائة فولدت ذكراً وانثى استحق الذكر الالف والانثى المائة ، فان ولدت خنثى دفع اليه المائة لانه يقين ويترك الباقى الى ان يتبين فان ولدت ذكرين او انثتين ففيه ثلاثة اوجه .**

(احدها) ان الوارث يدفع الالف الى من يشاء من الذكرين والمائة الى من يشاء من الانثيين لان الوصية لاحدهما فلا تدفع اليهما ، والاجتهاد فى ذلك الى الوارث كما لو اوصى لرجل باحد عبديه .

(والثانى) انه يشترط الذكران فى الالف والانثيان فى المائة ، لانه ليس احدهما باولى من الآخر فسوى بينهما ، ويخالف العبد فانه جعله الى الوارث، وههنا لم يجعله الى الوارث .

(والثالث) انه يوقف الالف بين الذكرين والمائة بين الانثيين الى ان يبلغا ويصطلحا ، لان الوصية لاحدهما فلا يجوز ان تجعل لهما ولا خيار للوارث ، فوجب التوقف ، فان قال : ان كان ما فى بطنك ذكراً فله الف ، وان كان انثى فله مائة ، فولدت ذكراً وانثى لم يستحق واحد منهما شيئاً لانه شرط ان يكون جميع ما فى البطن ذكراً او جميعه انثى ، ولم يوجد واحد منهما) .

الشرح الأحكام : إذا أوصى بثلث ماله إلى رجل يضعه حيث يشاء هو أن يضعه أو حيث أراه الله لم يكن له أن يأخذ منه لنفسه شيئا ، وإن كان محتاجا لأنه أمره بصرفه لا يأخذه ولم يكن له أن يصرفه الى وارث الموصى ، وإن كان محتاجا لأن الوارث ممنوع من الوصية وليس له أن يودعه عند نفسه ولا أن يودعه غيره ، قال الشافعى رضى الله عنه : واختار له أن يعطيه أهل الحاجة من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم ، وليس

---

(١) سورة الانفال : ٤١

الرضاع قرابة ، فإن لم يكن له قرابة من قبل الأب والأم وكان له رضعاء أحببت أن يعطيهم ، فإن لم يكن له رضيع أحببت أن يعطى جيرانه الأقرب منهم فالأقرب ، وأقصى الجوار منتهى أربعين داراً من كل ناحية وأحب أن يعطيه أفقر من يجده وأشدهم تعففاً واستتاراً ، ولا يبقى فى يده شيئا يمكن به أن يخرجه من ساعته .

فــــرع إن وصى بالثلث لله ولزيد فقد كان لأصحابنا فيه وجهـان (أحدهما) أن الثلث لزيد واسم الله تعالى فى الوصية ورد مورد التبرك . (والثانى) أن يصرف لزيد نصفه ويصرف النصف الثانى للفقراء ، فعلى هذا الوجه إذا صرف إلى زيد الثلث كله ضمن نصفه .

ولو قال : اصرفوا ثلثى فى سبيل الله أو فى سبيل البر أو فى ســــبيل الثواب .

قال الشافعى رضى الله عنه : جزىء أجزاء فأعطى ذو قرابته فقراء كانوا أو أغنياء ، والفقراء والمساكين ، وفى الرقاب والغارمين وابن السبيل والحاج، ويدخل الضيف والسائل والمعتر منهم ، فإن لم يفعل الموصى ضمن ســهم من منعه إذا كان موجوداً .

فــــرع قال الشافعى رضى الله عنه : تجوز الوصية لما فى البطــن وبما فى البطن إذا كان يخرج لأقل من ستة أشهر ، فإن خرجوا عدداً ذكوراً وإناثا فالوصية بينهم سواء وهم لمن أوصى بهم له ، وهذه المسألة مشــتملة على فصلين .

(أحدهما) الوصية للحمل ، (والثانى) بالحمل ، فأما الوصية بالحمل فجائزة ، لأنه لما ملك بالإرث ــ وهو أضيق ــ ملك بالوصـــــية التى هى أوسع ، فلو أقر للحمل إقراراً مطلقا بطل فى أحد القولين ، والفرق بينهـــما أن الوصية أحمل للجهالة له من الاقرار ، ألا ترى لو أوصى لمن فى هــذه الدار صح ، ولو أقر له لم يصح ، فإذا قال : قد أوصيت لحمل هذه المرأة

بألف نظر حالها إذا ولدت ، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صحت له الوصية لعلمنا أن الحمل كان موجوداً وقت الوصية ، وان وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية فالوصية باطلة لحدوثه بعدها ، وأنه لم يكن موجوداً وقت التكلم بها وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر وقت الوصية ولأقل من أربع سنين ، فان كانت ذات زوج يمكن أن يطأ — فيحدث ذلك منه — فالوصية باطلة لإمكان حدوثه فلم يستحق بالشك وإن كانت غير ذات زوج يطأ فالوصية جائزة لأن الظاهر تقدمه ، والحمل يجرى عليه حكم الظاهر فى اللحوق فكذلك فى الوصية فإذا صحت الوصية له فان وضعت ذكرا أو أنثى فالوصية له وإن وضعت ذكراً وأنثى كانت الوصية بينهما نصفين لأنها هبة لا ميراث إلا إذا فضل الموصى الذكر على الأنثى أو العكس فيحمل على تفضيله ، فلو قال : إذا ولدت غلاماً فله ألف ، وإن ولدت جارية فلها مائة فولدت غلاماً استحق ألفا أو جارية استحقت مائة ، وإن ولدت غلاما وجارية استحق الغلام ألفا والجارية مائة ، وإن ولدت خنثى دفع إليه مائة لأنها يقين ووقف تمام الألف حتى يتبين ؛ وهكذا لو قال : ان كان فى بطنك غلام فله ألف ، وان كان فى بطنك جارية فلها مائة ، فإن ولدت غلامين أو جاريتين صحت الوصية ، وفيها ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج (أحدها) أن للورثة أن يدفعوا الألف إلى أى الغلامين شاءوا والمائة إلى أى الجاريتين شاءوا لأنها لأحدهما فلم تدفع إليهما ، ورجع فيها إلى بيان الوارث كالوصية بأحد عبديه .

(والوجه الثانى) أنه يشترك الغلامان فى الألف والجاريتان فى المائة ، لأنها وصية لغلام وجارية ؛ وليس أحد الغلامين أولى من الآخر ، فشرك بينهما ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث بخلاف الوصية بأحد العبدين اللذين يملكهما الوارث فجاز أن يرجع إلى خياره فيهما .

(والوجه الثالث) أن الألف موقوفة بين الغلامين ، والمائة موقوفة بين الجاريتين حتى يصطلحا عليهما بعد البلوغ ، لأن الوصية لواحد فلم يشرك فيها بين اثنين ؛ وليس للوارث فيها خيار فلزم فيها الوقف .

فلو قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان الذى فى بطنك جارية فلها مائة ، فولدت غلاماً وجارية فلا شىء لواحد منهما ، بخلاف قوله إن كان فى بطنك غلام فله الألف ، لأنه إذا قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاماً شرطاً فى الحمل والوصية معا ، فإذا كان الحمل غلاما وجارية لم يوجد الشرط كاملا فلم تصح الوصية .

وإذا قال إن كان فى بطنك غلام فلم يجعل ذلك شرطا فى الحمل ، وإنما جعله شرطاً فى الوصية فصحت الوصية . وهكذا لو قال : إن كان ما فى بطنك غلاما ، فهو كقوله : إن كان الذى فى بطنك جارية ، فإذا وضعت غلاماً وجارية فلا وصية وكذلك لو قال : إن كان الذى فى بطنك غلاماً فله ألف فولدت غلامين ففى الوصية وجهان .

(أحدهما) باطل كما لو ولدت غلاماً وجارية لأنه لم يكن كل حملها غلاماً .

(والوجه الثانى) أنها جائزة لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا فى الصفة ولم تضر الزيادة ، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثة التى حكاها ابن سريج من قبل أنها ترجع إلى بيان الورثة فى دفع الألف إلى أحدهما (والثانى) يشتركان جميعاً فيها . (والثالث) توقف الألف بينهما حتى يصطلحا عليها .

مسألة لو قال : قد أوصيت لحمل هذه المرأة من زوجها فجاءت بولد نفاه زوجها باللعان ، ففى الوصية وجهان (أحدهما) وهو قول ابن سريج أن الوصية باطلة لأن لعانه قد نفى أن يكون منه (والوجه الثانى) وهو قول أبى اسحاق المروزى أن الوصية له جائزة ، لأن لعان الزوج انما اختص بنفى النسب دون غيره من أحكام الأولاد ، ألا ترى أنها تعتد به ؟ ولو قذفها به قاذف حدت له . ولو عاد واعترف به لحق به . ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثاً ولأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ولأقل من ستة أشهر من حين الوصية فلا وصية لعلمنا أنه ليس منه . وبخلاف الملاعن الذى يجوز أن يكون الولد منه .

مسئلة اخرى إذا وضعت الموصى بحملها ولدا ميتا فلا وصية كما لا ميراث له ، ولو وضعته حياً فمات صحت الوصية وكان لوارث الحمل كالميراث . ولو ضرب ضارب بطنها فألقت جنينا ميتا كان فيه على الضارب غرة ، ولا وصية له كما لا ميراث له . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان اوصى لرجل بسهم او بقسط او بنصيب او بجزء من ماله فالخيار الى الوارث فى القليل والكثير ، لأن هذه الالفاظ تستعمل فى القليل والكثير .

فصل فان اوصى له بمثل نصيب احد ورثته اعطى مثل نصيب اقلهم نصيبا لانه نصيب احدهم فان وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال ، لانه يحتمل ان يكون قد جعل له الكل ، ويحتمل انه جعله مع ابنه فلا يلزمه الا اليقين ، ولانه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية الا فيما ذكرناه ، فان كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب احد ابنيه جعل له الثلث ، وان وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية ، لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو اوصى له بمال ابنه من غير الميراث .

ومن اصحابنا من قال : يصح ويجعل المال بينهما ، كما لو اوصى له بمثل نصيب ابنه ، فان وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر او قاتل فالوصية باطلة ، لانه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له فاشبه اذا وصى بمثل نصيب اخيه وله ابن).

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : لفلان نصيب أو حظ أو قليل أو كثير من مالى ، فما أعرف لكثير حداً .

فجملة ذلك أنه : إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله أو حظ أو قليل أو كثير ولم يحد ذلك بشيء فالوصية جائزة ويرجع فى بيانها إلى الورثة ، فما بينوه من شيء كان قولهم فيه مقبولا ، فإن ادعى الموصى له أكثر لأن هذه الأسماء كلها لا تختص فى اللغة ولا فى الشرع ولا فى العرف بمقدار معلوم لاستعمالها فى القليل والكثير ولأن القليل والكثير حد ، لأن الشيء قد

يكون قليلا اذا أضيف الى ما هو أكثر منـه ، ويكون كثيراً اذا أضيف الى ما هو أقل منه .

وحكى عن عطاء وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب باطلة للجهل بها . وهذا فاسد لأن الجهل بالوصايا لا يمنـع من جوازها ، ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله وهو لا يعلم قـدره جازت الوصـية مع الجهل بها ، وقد أوصى أنس بن ملك لثابت البنانى بمثل نصيب أحد ولده .

أما إذا أوصى له بسهم من ماله فقد اختلف النـاس فيه ، فحـكى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنـه والحسـن البصرى واياس بن معـاوية وسفيان الثورى وأحمد بن حنبل أن له سدس المال . وقال شريح : يدفـع له بينهم واحد من سهام الفريضتين . وقال أبو حنيفة : يدفع إليه مثل نصيب أقل الورثة نصـيبا ما لم يجـاوز الثلث ، فان جاوزه أعطى الثلث . وقال أبو ثور : أعطيه سهماً من أربعة وعشرين سهماً وقال أبو يوسف ومحمد يعطى مثل نصيب أقلهم نصيبا ما لم يجاوز الثلث وإن جاوزه أعطى الثلث .

وقال الشافعى : السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطـلاقه على القليل والكثير كالحظ والنصيب فيرجع فيه إلى بيان الوارث ، فإن قيل : روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض لرجل أوصى له سهماً سدساً . قيل : هى قضية فى عين يحتمل أن تكون البينـة قائمـة ، فأمـر بالسدس أو اعترف به الورثة ، فاذا ثبت أنه يرجع فيه الى بيان الورثة قبل منهم ما بينوه من قليل وكثير ، فان توزعوا أحلفوا ، فلو لم يبينوا لم تخل حالهم من أن يكون عندهم بيان أو لا يكون فإن لم يكن عندهم بيان رجع الى بيان الموصى له ، فان توزع أحلف ، وان لم يكن عند الموصى له بيان فأبوا أن يبينوا ففيه وجهان من اختلاف قولين فيمن أقر بمجمل وامتنع أن يبين (أحدهما) يحبس الوارث حتى يبين (والثانى) يرجع إلى بيان الموصى له .

فـــرع إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه قال الشافعى رضى الله عنه « أعطيته مثل أقلهم نصيبا » .

(قلت) لأن الوصايا لا يستحق فيها إلا اليقين والأقل ، فلا تعين الزيادة على شك ، فان كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها ، وان كان سهم غيرها من البنات أو بنات الابن أقل أعطيته مثله ، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فريضتهم ، فتجعل للموصى له مثل سهام أقلهم ، وتضمه إلى أهل الفريضة ، ثم يقسم المال بين الموصى له والورثة على ما اجتمع معك من العددين وقد بيناه .

ولو وصى إليه بمثل أكثرهم نصيبا اعتبرته وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من العددين على ما وصفناه ، فعلى هذا لو اختلف الورثة فقال بعضهم : أراد مثل أقلنا نصيبا ، وقال بعضهم : بل أراد مثل أكثرنا نصيبا أعطيته من نصيب كل واحد من الفريقين حصة مما اعترف بها .

ومثاله أن يكون الورثة ابنين وبنتين فيكون لكل ابن سهم ولكل بنت سهم وللموصى له بمثل نصيب الذكر ، ولو أراد أنثى لكان المال مقسوماً على سبعة أسهم فريضة ابنين وثلاثة للبنات .

ولو ترك ابنا وبنتا وأوصى لرجل بمثل نصيب الابن ولآخر بمثل نصيب البنت فذلك ضربان (أحدهما) أن يريد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها . فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال وللموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال فيصير بالوصيتين بخمس المال وربعه فيوقف على إجازتهما .

(والضرب الثانى) أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال ، وللموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فتصير الوصيتان بخمس المال وسدسه فتوقف على إجازتهما .

فلو ابتدأ فوصى لرجل بمثل نصيب البنت ولآخر بمثل نصيب الابن كان للموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال ، فأما الموصى له بمثل نصيب

الابن ـ فان أراد قبل دخول الوصية عليه ، كان له ثلث المال ثم على هـذا القياس .

ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف أصحابنا فى قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين :

(أحدهما) له الربع نصف حصة البنت ، لأنه لما اسـتحق مع البنت الواحدة الربع لأنه نصف نصيبها ، فقد اسـتحق نصف حظ الابن الذى معها .

(والوجه الثانى) وهو أصح ، له الثلث لأنه يصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية كما يصير مع الابن الواحـد كابن ثان ، وللواحـدة من البنتين الثلث فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحـدة الثلث ، وهـكذا لو وصى بمثل نصيب أخت مع عم كان فيما يستحقه بالوصـية وجهـان : (أحدهما) الربع (والثانى) الثلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والأخت غيرهما : لأن لكل واحدة منهما اذا انفردت النصف ، والباقى لبيت المال ، فعلى هذا لو وصى بمثل نصيب أخ لأم فله فى أحد الوجهين نصف السدس ، وفى الآخر السدس .

وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمـل عليهـا نصيب الموصى له وجعله مثلا له ، وهذا يقتضى أن لا يزاد عليه ، فإن كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد ورثته فان تفاضلوا فله مثـل نصيب أقلهـم ميراثا يزاد على الفريضة ، فإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة ، وبهذا قال الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك وابن أبى ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم اذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ، ويقسـم الباقى بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو أوصى

بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث •

وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم ، وقد أوضحنا أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة ، وهذا يدل على فساد ما خالفه ، لأن قاعدة الجمهور تقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية ، وانما جعل مثل أقلهم نصيبا لأنه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيه فلا يثبت مع الشك .

فـــرع قال الشافعي رضى الله عنه : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له غيره فله النصف ، فإن لم يجز الابن فله الثلث .

(قلت) وهذا قول أبي حنيفة وصاحبه ، فإن أجازها الابن وإلا ردت على الثلث وقال مالك وزفر بن الهذيل وداود بن على : هي وصية بجميع المال ، استدلالا بأن نصيب ابنه ــ إذا لم يكن له غيره ــ الجميع ، فاقتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال ، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعا وجب إذا وصى له بمثل نصيب ابنه أن تكون وصيته بجميع المال حجاجا ، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه :

أحدها :أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع فلم يجز أن يكون الفرع رافعا لحكم الأصل •

والثاني : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للابن نصيب، وإذا لم يكن للابن نصيب بطلت الوصية التى هى مثله .

والثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه ، فإذا وجب ذلك كانا نصفين ، وفى إعطائه الجميع إبطال للتسوية

بينهما كما قررنا ، وأما قولهم : إن نصيب الابن كل المال ، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية ، فأما مع الوصية فلا يستحق الجميع .

وأما قوله : وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابنى فالفرق بينهما أنه لم يجعل له مع الوصية نصيبا فلذلك كانت بكل المال .

فعلى هذا لو قال : وصيت لك بنصيب ابنى فالذى عليه الجمهور من أصحابنا أن الوصية باطلة ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد لأنها وصية بما لا يملك ، لأن نصيب الابن ملكه لا ملك أبيه . وقال بعض أصحابنا الوصية جائزة ،وهو قول مالك ويجريها مجرى قوله : بمثل نصيب ابنه فيجعلها وصية بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له كانت الوصية باطلة ، وكذلك لو كان له ابن كافر أو قاتل لأنه لا نصيب له .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : بمثل نصيب أحد ولدى فله مع الابنين الثلث ومع الثلاثة الربع حتى يكون كأحدهم .

(قلت) وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . وقال مالك : يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث ومع الأربعة الربع ، وقد ذكرنا وجه فساده لما فيه من تفضيل الموصى له على ابنه .

(قلت) ولو قال : بمثل نصيب ابنى وله ولدان فالوصية باطلة لأنه يوصى بنصيب ابنه الذى هو ملك للابن فلا يملك الأب الوصية به كما لو أوصى بما يملكه ولده من كسبه لا من ميراثه ، ومن أصحابنا من صحح الوصية وجعلها كقوله : بمثل نصيب أحد ابنى ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان وصى بضعف نصيب احد اولاده دفع اليه مثلى نصيب احدهم لان الضعف عبارة عن الشىء ومثله ولهذا يروى أن عمر رضى الله عنه اضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب ، اى اخذ مثلى ما يؤخذ من المسلمين فان وصى له بضعفى نصيب احدهم اعطى ثلاثة امثال نصيب احدهم . وقال

أبو ثور : يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط ، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه .

فصـــل فان وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه واجاز الورثة قسم المال بينهما على خمسة : للموصى له بالثلث سهمان ، وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم ، فان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه ، لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث ، والمال بين الغرماء فان أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه واجاز الورثة قسم المال بينهما على أربعة ، للموصى له بالجميع ثلاثة أسـهم . وللموصى له بالثلث سهم ، لأن السهام فى الوصايا كالسهام فى المواريث ثم السهام فى المواريث اذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة بالسهم الزائد ، فكذلك فى الوصـية ، فان لم يجـيزوا قسـم الثلث بينهـما على ما قسـم الجميع) .

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : ضعف ما يصيب أكثر ولدى نصيباً أعطيته مثله مرتين ، ولو قال : ضعفين ، فان كان نصيبه مائة أعطيته ثلاثمائة ، فأكون قد أضعفت المائة التى تصيبه بميراثه مرة فذلك ضعفان ، وهكذا إن قال ثلاثة أضعاف وأربعة ، ولم أزد على أن أنظر أصل الميراث فأضعفه له مرة بعد مرة حتى يستكمل ما أوصى له به اهـ .

أما اللغات فإنه إذا وصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده كان الضعف مثلى النصيب ، فإن كان نصيب الابن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين ، وبه قال جمهور الفقهاء . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام : الضعف المثل ، واستدل بقوله تعالى « يضاعف لها العذاب ضعفين » (١) أى مثلين ، وقوله تعالى « فآتت أكلها ضعفين » (٢) وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل .

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى « إذن لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات » (٣) وقال « فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا » (٤) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة،

---

(١) سورة الأحزاب : ٣٠ (٢) سورة البقرة : ٢٦٥
(٣) سورة الاسراء : ٧٥ (٤) سورة سبأ : ٣٧

وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ؟ فقال عثمان : لو أضعفت عليها لاحتملت قال الأزهرى : الضعف المثل فما فوقه .

قال الماوردى فى حاويه : والدليل على أن الضعف مثلان هو أن اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى الا ما خص بدليل ، ولأن الضعف أعم فى اللغة من المثل فلم يجز أن يسوى بينه وبين المثل ، ولأن انشقاق الضعف من المضاعفة والتثنية من قولهم ؛ أضعفت الثوب إذا طويته بطاقين .

فأما الآية ففيها جوابان (أحدهما) ما حكاه أبو العباس عن الأثرم عن بعض المفسرين أنه جعل عذابهن اذا أتين بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دليل (والثانى) أن الضعف قد يستعمل فى موضع المثل مجازاً إذا صرفه الدليل عن حقيقته ، وليست الأحكام تتعلق بالمجاز ، وإنما تتعلق بالحقائق .

اما الأحكام فانه اذا أوصى له بضعفى نصيب ابنه فقد اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك أن له ملثى نصيبه لأنه جعل الضعف مثلا فجعل الضعفين مثلين .

والمذهب الثانى ــ وهو مذهب أبى ثور أن له أربعة أمثال نصيبه ، لأنه لما استحق بالضعف مثلين استحق بالضعفين أربعة أمثال .

والمذهب الثالث ــ وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه وجمهور الفقهاء ــ أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه ، فان كان الابن نصيبه مائة استحق بالضعفين ثلاثمائة ، لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثلين ، وجب أن يأخذ بالضعفين لسهم الابن ومثليه يستحق به ثلاثة أمثاله . فعلى هذا لو أوصى له بثلاثة أضعاف نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله ، وبأربعة أضعاف خمسة أمثاله وكذلك فيما زاد .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بربعه فقد عالت وصاياه على كل ماله ، فلا يخلو حال

ورثته من ثلاثة أحوال : إما أن يجيزوا جميعاً أو يردوا جميعا ، أو يجيزوا بعضها ويردوا بعضها ، فان أجازوا جميعها قسم المال بينهم على قدر وصاياهم وأصلها من اثنى عشرة لاجتماع الثلث والربع ويعول بسهم ، وتصح من ثلاثة عشر ، لصاحب النصف ستة أسهم ، ولصاحب الثلث أربعة أسهم ، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم ، وكان النقص بسهم العول داخلا على جميعهم كالمواريث . وهذا متفق عليه ولم يخالف فيه أبو حنيفة ولا غيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان قال اعطوه رأساً من رقيقى ولا رقيق له ، أو قال اعطوه عبدى الحبشى ، وله عبد سندى ، أو عبدى الحبشى وسماه باسمه ووصفه بصفة من بياض أو سواد وعنده حبشى يسمى بذلك الاسم ومخالف له فى الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بمالا يملكه ، فان كان له رقيق أعطى منه واحداً ، سليماً كان أو معيبا لأنه لا عرف فى هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم ، فان مات ماله من الرقيق بطلت الوصية لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط ، فان قتلوا ـ فان كان قبل موت الموصى ـ بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له ، فان قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له .

فصل فان وصى بعتق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ ومن أصحابنا من قال : لا يجزى الا ما يجزى فى الكفارة لأن العتق فى الشرع له عرف وهو ما يجزى فى الكفارة فحملت الوصية عليه ، فان وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة ، لأن الوصية تعلقت بجميعها ، فاذا تعذر الجميع بقى فى قدر الثلث ، فان وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع واقله ثلاثة ، فان عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن ، فان اتسع الثلث لرقبتين وتفضل شىء ، فان لم يمكن أن يشترى بالفضل بعض الثالثة زيد فى ثمن الرقبتين ، وان امكن أن يشترى به بعض الثالثة ففيه وجهان :

(أحدهما) يزاد فى ثمن الرقبتين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الرقاب فقال « أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها » .

(والثانى) أنه يشترى به بعض الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم

« من أعتق رقبة اعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار ، ولأن ذلك أقرب الى العدد الموصى به » .

فصـــل فان قال اعتقوا عبيداً من عبيــدى وله خنثى حكم له بأنه رجل ، ففيه وجهان :

(احدهما) انه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد .

(والثانى) لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف اليه ، فان قال أعتقوا أحد رقيقى وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة احد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل . وروى المزنى انه يجوز فمن أصحابنا من قال : يجوز كما نقله المزنى ، لأنه من الرقيق ، ومنهم من قال : لا يجوز كما نقله الربيع لأن اطلاق اسم الرقيق لا ينصرف الى الخنثى المشكل .

فصـــل فان قال : أعطوه شاة جاز أن يدفع اليه الصـــغير والكبير والضأن والمعز : لأن اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع اليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والأنثى » لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والأنثى كالانسان ، يقع على الرجل والمراة .

فان قال : اعطوه شــاة من غنمى والغنم اناث لم يدفع اليــه ذكر ، فان كانت ذكوراً لم يدفع اليه انثى لأنه أضـاف الى المال وليس فى المـال غيره ، فان كانت غنمه ذكوراً واناثاً فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه اذا أوصى بشــاة ولم يضف الى المال . فان قال أعطوه ثورا لم يعط بقرة ، فان قال : أعطوه جملا لم يعط ناقة فان قال : أعطوه بعيراً فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة . ومن أصحابنا من قال : يعطى لأن البعير كالانسان يقع على الذكر والأنثى ، فان قال : أعطوه راساً من الابل او راساً من البقر او راسا من الغنم جاز الذكــر والأنثى ، لأن ذلك اسم للجنس .

فصـــل فان قال : أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلا أو حماراً واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : هذا قاله على عادة أهل مصر ، فان الدواب فى عرفهم الأجناس الثلاثة ، فان كان الموصى بمصر أعطى واحـداً من الثلاثة . وان كان فى غيرها لم يعط الا الفرس ، لأنه لا تطلق الدابة فى سائر البلاد الا على الفرس .

وقال أبو اسحاق وأبو على بن أبى هريرة : يعطى واحداً من الثلاثة فى جميع البلاد ، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع ، فان قال : أعطوه دابة من دوابى ،

وليس عنده الا واحد من الثلاثة أعطى منه ، لأنه أضاف الى ماله وليس له غيره فان قال : أعطوه دابة ليقاتل عليـه العدو لم يعط الا فرساً . فان قال يُحمل عليه لم يعط الا بغلا أو حماراً ، فان قال لينتفع بنسله لم يعط الا فرسا أو حماراً لأن القرينة دلت على ما ذكرناه) .

الشرح حديث « سئل عن أفضل الرقاب » رواه أحمد والبخارى ومسلم من حديث أبى ذر رضى الله عنه ، وحديث « من أعتق رقبة »رواه ثلاثتهم أيضاً عن أبى هريرة رضى الله عنه .

أما قوله : فإن قال « أعطوه شاة من غنمى الخ » فهو كما قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى بشـاة من ماله ، كأن قيـل للورثة أعطـوه أو اشتروها له ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضأنا أو معزاً . اهـ .

قلت : ومعنى هذا أن الوصية جائزة ترك غنماً أو لم يترك ، لأنه جعلها فى ماله ويعطيه الورثة ما شاءوا ، ضأنا أو معزاً كبيرا أو صغيرا سمينا أو هزيلا . وفى استحقاق الأنثى وجهان (أحدهما) وهو الظـاهر من نص الشافعى أنه لا يعطى إلا أنثى لأن الهاء موضوعة للتأنيث (والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن للورثة الخيار فى إعطائه ذكراً أو أنثى ، لأن الهاء من أصل الكلمة فى اسم الجنس فاستوى فيه الذكر والأنثى ،ولكن لو قال : شاة من غنمى وكانت غنمه كلها إناثا لم يعط إلا أنثى . وكذلك لو كانت كلها ذكوراً لم يعط إلا ذكرا منها . وهكذا لو دل كلامه على المراد منها حمل عليه ، مثل قوله : شاة ينتفع بدرها ونسلها لم يعط إلا كبيرة أنثى لتكون ذات در ونسل ، وسواء كانت ضأنية أو معزية فان قال : شاة ينتفع بصوفها لم يعط إلا من الضأن . ولو قال : ينتفع بشعرها لم يعط إلا من المعز ، ولا يجوز اذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالا ولا ظبيا وان انطلق عليه اسم الشاة مجازاً .

ولكن لو قال : شاة من شياهى ولم يكن فى ماله إلا ظبى ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الوصية باطلة ، لأن اسم الشاة يتناول الغنم ، وليس بتركته فبطلت (والوجه الثانى) أنها تصح لأنه لما أضاف ذلك الى شـائه

وليس فى ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم دون الحقيقة حمل عليه ، وانصرفت وصيته إلى الظبى الموجود فى تركته حتى لا تبطل وصيته .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال بعيراً أو ثوراً لم يكن لهم أن يعطوه ناقة ولا بقرة ، ولو قال : عشر أنوق وعشر بقرات لم يكن لهم أن يعطوه ذكراً . ولو قال عشرة أجمال أو أثوار لم يكن لهم أن يعطوه أنثى ، ولو قال : عشرة من إبلى أعطوه ما شاءوا .

قلت : وبهذا نعلم أنه إذا أوصى بثور لم يعط إلا ذكرا . ولو قال بقرة لم يعط إلا أنثى وكان بعض أصحابنا يخرج فى البقرة وجها آخر أنه يجوز أن يعطى ذكراً أو أنثى كالشاة لأن الهاء من أصل اسم الجنس .

ولا يجوز أن يعدل فى الوصية بالثور والبقرة إلى الجواميس بخلاف الشاة التى ينطلق عليها اسم الضأن والمعز إلا أن يكون فى كلامه ما يدل عليه أو يقول بقرة من بقرى وليس له إلا الجواميس فتنصرف إلى الجواميس . وإن كان اسم البقر يتناولها مجازاً ، لأن إضافة الوصية الى التركة قد صرف الاسم عن حقيقته إلى مجازه . ولا يجوز أن يعدل به إلى بقر الوحش ، فان أضاف الوصية إلى بقره ولم يكن له إلا بقر الوحش فعلى ما ذكرنا من الوجهين .

فأما إذا أوصى ببعير فمذهب الشافعى أنه لا يعطى إلا ذكراً ، لأن الاسم بالذكور أخص ، وقال بعض أصحابنا : هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من ذكر أو أنثى . فأما إذا أوصى له بجمل لم يعط إلا ذكراً لاختصاص هذا الاسم بالذكور . ولو أوصى بعشر من إبله أعطاه ما شاء الوارث من ذكور وإناث ، وسواء أثبت الهاء فى العدد أو أسقطها .

ومن أصحابنا من قال إذا أثبت الهاء فى العدد فقال عشرة من إبلى لم يعط إلا من الذكور لأن عددها باثبات الهاء كما هو معروف فى قواعد النحو فى العدد وان أسقط الهاء فى العدد فقال : عشرة من إبلى لم يعط إلا من

الإناث ، لأن عددها باسقاط الهاء لقوله تعالى « سبع ليال وثمانية أيام حسوماً » وقوله « سبع سموات طباقا » وقوله « سبع بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف » وكما نقول عشر نسوة وعشرة رجال ، وهذا لا وجه له لأن اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور والإناث تناولا واحدا صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع .

وأما إذا قال : أعطوه مطية أو راحلة فذلك يتناول الذكور والإناث فيعطيه ما شاء الوارث منها .

فأما إذا قال أعطوه دابة فقال الشافعي رضي الله عنه : أعطى من الخيل والبغال والحمير ذكرا أو أنثى صحيحاً صغيرا أو كبيرا ، أعجف أو سميناً .

(قلت) لأن اسم الدواب يطلق على كل ما دب على الأرض اشتقاقا من دبيبه غير أنه في العرف مختص ببعضها ، فإن قال : أعطوه دابة من دوابي فقد اختلف أصحابنا في قول الشافعي : أعطى من الخيل والبغال والحمير الخ ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر حيث قال ذلك فيهم . وذكره لهم اعتبارا بعرفهم . أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازا يعرف بقرينة ، فإن كان الموصى بمصر خير ورثته بين الأصناف الثلاثة ، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد ، بأن اسم الدواب ينطلق على هذه الأجناس الثلاثة ، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالاسم لم يعتبر به حكم العرف العام ، فلو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قرينته ، كقوله : أعطوه دابة يقاتل عليها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقاً أو هجينا ذكرا أو أنثى ولا يعطى صغيرا ولا مما لا يطيق الركوب ، ولو قال : دابة يحمل عليها أعطى من البغال والحمير دون الخيل ، ولو قال : ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل فان وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة ، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشترى . فبطلت الوصية ، فان قال : اعطوه كلبا من كلابى وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية ، لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فان كان ينتفع بها اعطى واحدا منها الا ان يقرن به قرينة من صـــيد او حفظ زرع فيدفع اليه ما دلت عليه القرينة ، فان كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فاوصى بجميعها ولم تجز الورثة ردت الى الثلث وفى كيفيـــة الرد وجهان .

(احدهما) يدفع اليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان .

(والثانى) يدفع اليه احدها وتخالف سائر الأعيان لأن الأعيان تقـــوم وتختلف اثمانها والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها وفيما ياخذ وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه يأخذ واحدا منها بالقرعة .

(والثانى) يعطيه الوارث ما شاء منها فان كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال اعطى ثلثه ، فان كان له مال ففيه وجهان : (احدهما) وهو قول ابى على بن أبى هريرة انه يدفع الجميع الى الموصى له لأن اقل المال خير من الكلب فامضيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يدفع اليه ثلث الكلب لانه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء الا ويحصـــل للورثة مثلاه ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال أعطوه كلباً من كلابى أعطاه الوارث أيها شاء وهذا كما قال ، فإن الوصـــية بالكلب المنتفـــع به جائزة ، لأنه لما جاز إقراره فى يد صاحبه ، وحرم انتزاعه من يد صـــاحبه جاز أن يكون وصية وميراثاً فإذا أوصى له بكلب ولا كلاب له فالوصـــية باطلة ، لأنه لا يصح أن يشترى ولا يلزم أن يستوهب ، وإن كان له كلاب فضربان : منتفع به وغير منتفع ، فإن كانت كلابه كلها غير منتفع بها فالوصية باطلة لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه ، وإن كانت كلها منتفعاً بها فـــكان له كلب حرث وكلب ماشية وكلب صيد نظرت ، فإن كان الموصى له صاحب

حرث وماشية وصيد فالوارث بالخيار فى إعطائه أى كلب شاء من حرث أو ماشية أو صيد .

وإن كان الموصى له ليس بصاحب حرث ولا ماشية ولا صيد ففى الوصية وجهان (أحدهما) الوصية باطلة اعتباراً بالموصى له وأنه غير منتفـع به (والثانى) إن كان الموصى له ممن ينتفع بأخذها بأن كان صاحب حـرث لا غير أو صاحب صيد لا غير فالوصية جائزة ، وفيها وجهان . أحدهما : يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذى يختص بالانتفاع به دون غيره اعتباراً بالموصى له . والثانى : أن للوارث الخيار فى إعطائه أى الكلاب شاء اعتباراً بالموصى به .

فأما الوصية بالجرو الصغير المعد للتعليم ففى جوازها وجهان مـــن اختلاف الوجهين فى اقتنائه . أحدهما : غير جائز والوصية به باطلة لأنه غير منتفع به فى الحال . والثانى : أن اقتناءه جائز والوصية به جائزة لأنه سينتفع به فى ثانى حال ، ولأن تعليمه منفعة فى الحال

ولو كان لرجل ثلاثة كلاب ولم يترك شيئاً سواها فأوصى بجميعهـا لرجل ، فان أجازها الورثة له والا ردت الوصية الى الثلث ، ثم فى كيفيـة رجوعها إلى الثلث وجهان . أحدهما : أن تستحق من كل كلب ثلثه فيحصل له ثلث الثلاثة ، ولا يستحق واحداً بكماله إلا عن مراضـاته ، والوجـه الثانى : أنه قد استحق بالوصية أحدهما بخلاف الأمـوال ، لأن الأمـوال مقومة تختلف أثمانها ، وليس كالكلاب التى لا تقوم ، فاستوى فيه حـكم جميعها ، فعلى هذا فيه وجهان ؛ أحدهما : وهو قول أبى إسحاق المروزى ــ أنه يأخذ أحدها بالقرعة . الثانى : أن للورثة أن يعطوه أيها شاءوا .

فأما إن كان له كلب واحد ولا مال له غيره فأوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله ، فإن أجازه الورثة وإلا كان للموصى له ثلثه وللورثة ثلثاه ، ويكون بينهما على المهايأة . وإن ملك مالا فأوصى بهذا الكلب الذى ليس له كلب سواه ففى الوصية وجهان . أحدهما ــ وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ــ أن الوصية جائزة فى الكلب كله للموصى له به ، لأن قليل

المال خير من الكلب الذى ليس بمال . والوجه الثانى ـــ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ـــ أن للموصى له ثلث الكلب إذا منع الورثة من جميعه . وإن كثر مال التركة لأنه مما لا يمكن أن يشترى فيساويه الورثة فيما صار إليهم من المال ، فاختص الكلب بحكمه وصار كأنه جميع التركة ، فلو ترك ثلاثة كلاب ومالا وأوصى بجميع كلابه الثلاثة ، فعلى قول أبى على بن أبى هريرة: الوصية بجميع الكلاب الثلاثة ممضاة وإن قل مال التركة وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى تصح الوصية فى أحدها إذا منع الورثة من جميعها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان وصى له بطبل من طبوله وليس له الا طبول الحـــرب أعطى واحداً منها . وان لم يكن له الا طبول اللهو نظرت ، فان لم يصلح وهـــو طبل لغير اللهو ـــ وان فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل ـــ فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم وان كان يصلح لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم جازت الوصـــية لأنه يمكن الانتفاع به فى مباح ، وان كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصـــلح طبل اللهو لغير اللهو ، اعطى طبل الحرب لأن طبل اللهو لا تصح الوصـــية به فيصير كالمعدوم ، وان كان يصلح لمنفعة مباحة اعطاه الوارث ما شاء منهما .

فصـــــل فان وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القـــوس وعود البناء كانت الوصية بعود اللهو ، لأن اطلاق الاسم ينصرف اليه ، فان كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة دفع اليه ولا يدفع معه الوتر والمضراب لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب ، وان كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم . ومن أصـــحابنا من قال : يعطى من عـــود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله ، وعنده طبل حرب وطبل لهو أنه تجعل الوصية فى طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم. والمذهب أنه لا يعطى شيئاً لأن العود لا يطلق الا على عود اللهو . والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب فاذا بطل فى طبل اللهو حمل على طبل الحرب ، فان قال اعطوه عوداً من عيدانى وليس عنده الا عود القوس أو عـــود البنـــاء اعطى منها لأنه اضاف الى ما عنده وليس عنده سواه .

فصـــــل فان وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذى يرمى عنـــه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق ، لأن اطلاق الاسم ينصرف الى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر . ومن أصحابنا من قال :

يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به الا مع الوتر ، والصحيح انه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر ، فان قال : أعطوه قوساً من قسيي وليس عنده الا قوس الندف او قوس البندق اعطى مما عنده لأنه أضاف الى ما عنده وليس عنده سواه ، وان كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لان الاسم اليه اسبق) .

الشرح قال الشافعي رحمه الله فى الأم : ولو قال أعطوه طبلا من طبولى ــ وله طبلان للحرب واللهو ــ أعطاه أيهما شاء ، فإن لم يصلح الذى للهو إلا للطرب لم يكن لهم أن يعطوا إلا الذى للحرب .

وأصل هذه المسائل أن الوصية بما لا منفعة فيه باطلة ، والوصية بما فيه منفعة مباحة ومنفعة محظورة ، ومنفعة مشتركة بين الحظر والاباحة ، فإن كانت المنفعة مباحة جاز بيع ذلك والوصية به ، وإن كانت المنفعة محظورة لم يجز بيعه ولا الوصية به ، وإن كانت مشتركة جاز بيعه والوصية به لأجل الاباحة ، ونهى عن استعماله فى الحظر .

اذا ثبت هذا وأوصى له بطبل من طبوله ، فإن لم يكن له إلا طبول الحرب فالوصية به جائزة ، لأن طبل الحرب مباح ، ثم ينظر ، فإن كان اسم الطبل يطلق عليه بغير جلد دفع إليه الطبل بغير جلد ، وإن كان لا يطلق عليه الاسم إلا بالجلد دفع إليه مع جلده ، وإن كانت طبوله كلها طبول اللهو ــ فان كانت لا تصلح إلا للهو ــ فالوصية باطلة لأن طبول اللهو محظورة ، وإن كانت تصلح لغير اللهو فى غير المنافع المباحة جازت الوصية بها .

وان كانت طبوله نوعين طبول حرب وطبول لهو ــ فان كانت طبول اللهو لا تصلح لغير اللهو ــ لم يعط إلا طبل الحرب ، وإن كانت طبول اللهو تصلح لغيره من المباحات كان الوارث بالخيار فى إعطائه ما شاء من طبل لهو أو حرب لانطلاق الاسم عليها ، إلا أن يدل كلامه على أحدهما فيحمل عليه ، كقوله : أعطوه طبلا للجهاد أو الإرهاب فلا يعطى إلا طبل الحرب ، وإن قال : طبلا للفرح والسرور لم يعط إلا طبل اللهو .

فأما الوصية بالدف العربى فجائزة لورود الشرع بإباحة الضرب به فى المناكح .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : عوداً من عيدانى ، وله عيدان يعزف بها وعيدان قسى وعصى وغيرها ، فالعود إذا وجه به المتكلم للعود الذى يضرب به دون ما سواه مما يقع عليه اسم عود ؛ فان كان العود يصلح لغير الضرب جازت الوصية ولم يكن عليه إلا أقل ما يقـع عليـه اسم عود وأصغره بلا وتر ، وإن كان لا يصلح لغير الضرب بطلت عنـدى الوصية .

ومعنى كلام الشافعى أنه إذا قال : أعطوه عوداً من عيدانى فمطلق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب والعزف واللهو دون عيدان القسى والعصى ، فإن كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو فالوصية باطلة ، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية جائزة ، ويعطاه بغير وتر لانطلاق الاسم عليه، وإن لم يكن عليه وتر ينظر فإن كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصـــيله وتخليعه فصل وخلع ثم دفع إليه ،وإن كان يصلح لغير اللهو لم يفصل ودفع إليه غير مفصل .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه « وكذلك المزمار » يعنى أنه إن كان لا يصلح إلا للهو فالوصية باطلة ، وإن كان يصلح لغير اللهـــو فالوصية به جائزة ، ثم الكلام فى التفصيل على ما مضى . فأما الشبابه التى ينفخ فيها مع طبل الحرب وفى الأسفار . فالوصية بها جائزة .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : أعطوه قوساً من قسـيى وله قسى معمولة ، وقسى غير معمولة أو ليس منها شىء فقال : أعطوه عوداً من القسى كان عليهم أن يعطوه قوساً معمولة أى قوس شاءوا ــ صغيرة أو كبيرة عربية أو أى عمل شاءوا ــ اذا وقع عليه اسم قوس ترمى بالنبل أو النشاب أو الحسبان ومعنى هذا الكلام أنه إذا أوصى بقوس من القسى فمطلق القوس يتناول قوس السهام والحربة دون قوس النداف والجلاهق الذى منهـــا

البندق ، فلا يعطى إلا قوس السهام الحربية سواء أعطاه قوس نشـــاب وهى الفارسية ، أو قوس نبل وهى العربية أو قوس حسبان ، والخيار فيها إلى الوارث لاشتراك الاسم فى جميعها ، ولا يلزم أن يدفع الوتر معـه ، لأنه يسمى قوساً بغير وتر ، وهكذا لو أوصى له بدابة لم يعط سرجها .

فأما إن قال : أعطوه قوسا من قسيى وله قوس نداف وقوس جلاهق أعطى قوس الجلاهق التى يرمى عنها لأنها أخص بالاسم ، فإن لم يكن له الا قوس نداف دفع اليه ، ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده عمل على مادل عليه كلامه من القسى الثلاث . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **فان وصى بعتق مكاتبه أو بالابراء مما عليه اعتبر من الثلث اقل الأمرين من قيمته ان مال الكتابة لأن الابراء عتق ، والعتق ابراء فاعتـبر أقلهما والغى الآخر فان احتملهما الثلث عتق وبرىء من المال ، وان لم يحتمل شيئاً منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فان ادى عتق وان عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة ، فان احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين عتق نصفه ، وبقى نصفه على الكتابة ، فان ادى عتق وان احتمل الثلث احدهما دون الآخر اعتبر الأقـل فعتق به ، فان لم يكن له مال غير العبد نظر ــ فان كان قد حل عليــه مال الكتابة ــ عتق ثلثه فى الحال ، ويبقى الباقى على الكتابة ، ان ادى عتق وان عجز رق ، وان لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان :**

(أحدهما) لا يتعجل عتق شىء منه لأنه يحصل للموصى له الثلث ، ولم يحصل للورثة مثلاه ، وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب ، فانه لا تمضى الوصية فى شىء حتى يحصل للورثة مثلاه .

(والثانى) وهو ظاهر المذهب انه يتعجل عتق ثلثه ، ويقف الثلثان على العتق بالأداء او الرق بالعجز ، لأن الورثة على يقين من الثلثين اما بالأداء واما بالعجز ، بخلاف ما لو كان له مـال حاضر ومال غائب ، لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب .

فصـــل **فان قال : ضعوا عن مكاتبى اكثر ما عليه ، وضع عنه النصف وشىء ، لانه هو الاكثر ، فان قال : ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشــاء**

الجميع ، فقد روى الربيع رحمه الله انه يوضع عنه الجميع الا شيئا ، وروى المزنى انه اذا قال : ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها ، وضع الجميع الا شيئا ، فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما رواه الربيع ، لأن قوله من كتابته يقتضى التبعيض وما رواه المزنى خطأ فى النقل ، والذى يقتضيه أن يوضع عنه الكل اذا شاء ، لا نقوله : ما شاء عام فى الكل والبعض ، وقال أبو اسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه ، وما نقله المزنى ايضا صحيح فانه يقتضى أن يبقى من الكل شىء ، لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابة فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل .

فان قال : ضعوا عنه ما قل وما كثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير ، لأنه ما من قدر الا وهو قليل بالاضافة الى ما هو أكثر ، وكثير بالاضافة الى ما هو أقل منه . فان قال : ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالا ، لأن اطلاق الأكثر ينصرف الى كثرة المال دون طول المدة .

فان قال : ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع فى نجومه أوسط فى القدر وأوسط فى المدة ، وأوسط فى العدد ، كان للوارث أن يضع أى الثلاثة شاء ، لأن الوسط يقع على الثلاثة ، فان استوى الجميع فى المدة والقدر ، وضع عنه الأوسط فى العدد ، فان كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثانى ، فان كانت أربعة وضع عنه الثانى والثالث ، فان كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس .

فصل وان كاتب عبده كتابة فاسدة ، ثم أوصى لرجل بما فى ذمته لم تصح الوصية لأنه لا شىء له فى ذمته ، فصار كما لو وصى بماله فى ذمة حر ، ولا شىء له فى ذمته ، وان وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لأنه اضاف الى حال يملكه ، فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب اذا عجزه ، وفى هذا عندى نظر ، لأنه لا يملكه بالقبض وانما يعتق بحكم الصفة ، كما يعتق بقبض الخمر اذا كاتبه عليه ثم لا يملكه ، وان وصى برقبته والكتابة فاسدة ، نظرت فان لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان :

(أحدهما) أن الوصية جائزة لأنها صادفت ملكه .

(والثانى) انها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد انه يملك الوصية ، وان وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولا واحدا ، كما لو باع من رجل شيئا بيعا فاسداً ، ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الجميع ، يخالف البيع ، فان فاسده لا يجرى مجرى الصحيح فى الملك ، وفى الكتابة الفاسدة كالصحيح فى العتق ، والصحيح هو الطريقة الأولى) .

الشرح هذه الفصول كلها فى أحكام المكاتب وهى من الفقه غير العملى فلنفسح مكاناً على القرطاس للفقه العملى ، وهذا ما عزم على انتهاجه سلفنا الإمام النووى رحمه الله تعالى فإنه ذكر فى المقدمة أنه لن يطيل فى الأحكام غير العملية وضرب مثلا باللعان . هذا فى زمانه أما فى زماننا فيضاف إلى ذلك كل ما يتعلق بالعتق والكتابة والتدبير وأمهات الأولاد والله تعالى أعلم بالصواب .

فصــــل وان وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن الحج من الميقات . وما قبله تسبب اليه . فان وصى به من الثلث ، ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه يحج عنه من بلده ، فان عجز الثلث عنه تمم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده .

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه ، وان أوصى أن يجعل جميع الثلث فى حج الفرض حج عنه من بلده ، وان عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه ، وان عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من

قال المصنف رحمه الله تعالى

الميقات ، لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال ، وانما جعله من الثلث توفيراً على الورثة ، فاذا لم يف الثلث بالجميع بقى فيما لم يف من رأس المال .

فصــــل وان اوصى بحج التطوع ، وقلنا : انه تدخله النيابة نظرت ، فان قال : أحجوا بمائة من ثلثى حج عنه من حيث أمكن ، وان لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية ، وعاد المال الى الورثة ، لأنها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فرده ، وان قال : احجوا عنى بثلثى ، صرف الثلث فيما امكن من عدد الحجج ، فان اتسع المال لحجة أو حجتين ، وفضل ما لا يكفى لحجة أخرى من بلده ، حج من حيث امكن من دون بلده الى الميقات ، فان عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل الى الورثة ، وان امكن أن يعتمر به ، لم يفعل لأن الموصى له هو الحج دون العمرة . فان قال : أحجوا عنى ، حج عنه باجرة المثل من حيث امكن من بلده الى الميقات ، فان عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه .

فصــــل وان وصى ان يحج عنه رجل بمائة ، ويدفع ما يبقى مـن الثلث الى آخر ، وأوصى بالثلث لثالث ، فقد وصى بثلثي ماله ، فان كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقي ، لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شيء ، فان أجاز الورثة ، دفع الى الموصى له بالثلث ثلثه ، وهو مائة ، والى الموصى له بالمائة مائة ، وان لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين ، لأنهما اتفقا فى قدر ما يستحقان وهو المائة ، فان كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث الى الموصى له بالثلث ، ودفع مائة الى الموصى له بالمائة ، ودفع ما بقى الى الموصى له بالباقى ، وان لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية الى نصفها وهو الثلث ، فيدفع الى الموصى له بالثلث نصف الثلث ، وفى النصف الآخر وجهان :

(أحدهما) يقدم فيه الموصى له بالمائة ، ولا يدفع الى الموصى له بالباقى شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه ، لأنه ـ وان كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة فى احراز الثلث ـ الا ان حقه فيما يبقى بعد المائة ، فلا يأخذ شـيئاً قبل أن يستوفى الموصى له بالمائة حقه ، كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ مـن الأب والأم على الجد فى احراز ثلثى المال ، ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الأب والأم ، فان كان النصف مائة أو أقل أخذه الموصى له بالمائة ، وان كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة واخذ الموصى له بالباقى ما يبقى .

(والوجه الثانى) أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقى ، يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث ، فان كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين ، لكل واحد منهما خمسون ، وان كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثاً ، للموصى له بالمائة خمسون ، وللموصى له بالباقى خمسة وعشرون ، وعلى هذا القياس ، لأنه انما أوصى له بالمائة من كل الثلث ، لا من بعضـه ، فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه ، كأصحاب المواريث اذا زاحمهم من له فرض او وصية .

فصــــل وان بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ، ثم وصى لمن يحج عنـــه بمائة ، ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ، ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ان الوصية بالباقى بعد المائة باطلة ، لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث ، فعلى هذا ان أجاز الورثة نفذت الوصيتان ، وان لم يجيزوا ردت الوصـية الى الثلث ، فان كان الثلث مائة ، استوت وصيتهما ، فيقتسمان الثلث بينهما نصفين ، وان كان الثلث خمسمائة ، قسم الثلث بينهما على ستة أسهم ، للموصى له بالثلث خمسـة

سهم ، وللموصى له بالمائة سهم ، فان كان الثلث الفاً قسم على أحـد عشر سهما للموصى له بالثلث عشرة أسهم ، وللموصى له بالمائة سهم .

(والوجه الثانى) : وهو قول أبى على بن أبى هريرة ان الحكم فى هـــذه المسألة كالحكم فى المسألة قبلها ، لانه اذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم انه لم يرد على ذلك الثلث ، لأن الوصية الأولى قد استوعبته ، وانما أراد ثلثا ثانيـا ، فاذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث ، دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثانى ، فصار موصيا بثلث ماله كالمسألة قبلها) .

الشرح إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميـع ما أوصى به فى الحج .

إذا كان الثلث يستغرقه لأن وصيته فى قربة فوجب نفاذها ، وليس لوليه أن يحج عنه بأكثر من نفقة المثل كالوكيل فى البيع والشراء . ويحج عنه من حيث الميقات وهو وجه لأكثر اصحابنا لوجوب الحج بالشرع من الميقـات فحملت الوصية عليه فإذا لم تف الوصية أو قدر الثلث أكمـل مـن رأس المال ، وقال أحمد وأصحابه والعنبرى : يحج عنه من حيث تبلغ النفقـــة للراكب من أهل مدينته .

وقال القاضى أبو بكر من الحنابلة وحكاه ابن قدامة : يعان به فى الحج وهو قول سوار القاضى حكاه عنه العنبرى ، وعن أحمد أنه مخير فى ذلك قال فى رواية أبى داود فى امرأة أوصت بحج لا يجب عليها ، أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به فى الحج أو يحج من حيث يبلغ .

فـــرع إذا أوصى بقدر معين فإذا فضل عن الحجة فيدفع فى حجة ثانية ثم فى ثالثة الى أن ينفد ، أو يبقى مالا يبلغ حجة ، فيحج عنه من حيث يبلغ على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

ولا يستنيب فى الحج مع الامكان إلا من بلد المجموع عنه ، لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه ، فإن كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضـاً أو

تطوعاً ، فإن كان فرضا أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافى لحج الفرض فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه فى الفرض قدر ما يكفيه ، ثم يحج بالباقى تطوعاً حتى ينفد كما ذكرنا من قبل .

وإن كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفى الحج من رأس المال . هذا مذهبنا وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهرى وأحمد وإسحاق .

وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى : كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعى والشعبى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبو حنيفة وداود بن أبى هند : إن وصى بالحج فمن ثلثه ، وإلا فليس على ورثته شيء ، فعلى قولهم إن لم يف الثلث بالموصى به ،وإلا لم يزد على الثلث ، لأن الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ قالت : نعم . قال : فدين الله أحق بالقضاء » والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمى .

فرع وإذا قال : حجوا عنى حجة بخمسمائة مثلا فما فضل فهو لمن يحج عنى ، فهو على ما أوصى لأنه قصد إرفاقه بذلك ، ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عنى فلان بخمسمائة صرف إليه ذلك . وإن لم يعين فللوصى صرفها إلى من شاء لأنه فوض اليه الاجتهاد ، إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث إذا كان فيها فضل إلا بإذن الورثة ، وان لم يكن فيها فضل جاز لأنها لا محاباة فيها ، ثم ينظر فان كان الحج للموصى به تطوعا فجميع القدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعا فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى .

فرع إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد إذا أوصى أن يحج عنه بثلث ماله فأجازه الورثة أمضيت على ما قال

الموصى، وإن لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل . وإن رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين ، لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو ، فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالزيادة ، ولا زيادة ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع الأخ من الأبوين فى مزاحمة الجد ، ويحتمل أنه متى كان فى الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته ، لأن زيداً إنما استحق الرد بالإجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا ، وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم ، فإن امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره فى الحج بأقل ما يمكن وتمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل ، فإن كانت الحجة تطوعا ففى بطلان الوصية بها وجهان (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن الوصية بالباقى بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث ، فإن أجاز الورثة نفذت الوصيتان وإن لم يجيزوا ردت إلى الثلث .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يدخل الدور يعنى إذا استغرقت المائة الثلث الأول وبقى من المائة شيء لم يوف من الثلث أخذ من الثلث الثانى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وصى لرجل بعبد ولآخر بما بقى من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى ، فان خرج من الثلث دفع الى الموصى له فان بقى من الثلث شيء دفع الى الآخر وان لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقى ، لأن وصيته فيما بقى ، وان أصاب العبد عيب بعد موت الموصى ، قوم سليما ودفع الى الموصى له الباقى ، لأنه وصى له بالباقى من قيمته وهو سليم . وان مات العبد بعد موت الموصى ، بطلت الوصية فيه ، وقوم وقت الموت مع التركة ، ودفع الى الموصى له الباقى من الثلث ، لأنهما وصيتان فلا تبطل احداهما ببطلان الأخرى ، كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما .

فصـــل فان وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه فان كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة ، ولا للموصى له وطؤها ، لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة ، والوطء لا يجوز الا فى ملك تام ، ويجوز تزويجها لاكتساب المهر .

وفيمن يملك العقد ثلاثة اوجه :

(أحدها) يملكه الموصى له بالمنفعة لأن المهر له .

(والثانى) يملكه المالك لانه يملك رقبتها .

(والثالث) لا يصح العقد الا باتفاقهما ، لأن لكل واحد منهما حقاً ، فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر ، فان أتت بولد مملوك ففيه وجهان :

(أحدهما) انه للموصى له ، لانه من جملة فوائدها ، فصار كالكسب .

(والثانى) أنه كالأم رقبته للمالك ومنفعته للموصى له ، لأنه جزء من الأم فكان حكمه حكم الأم ، فان قتل ففى قيمته وجهان :

(أحدهما) أنها للمالك لأنها بدله فكانت له .

(والثانى) وهو الصحيح أنه يشترى به مثله ، للمالك رقبته وللموصى له منفعته ، لأنه قائم مقام الأصل فكان حكمه حكم الأصل ؛ فان جنى على طرفه ففى أرشه وجهان :

(أحدهما) انه للمالك لأنه بدل ملكه .

(والثانى) وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك ، وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له ، لأنه دخل النقص عليهما فقسط الأرش عليهما ، فان احتاج العبد الى نفقة ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن النفقـــة على الموصى له بالمنفعة لأن الكسب له .

(والثانى) أنها على المالك وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأن النفقــة على الرقبة ، فكانت على مالكها .

(والثالث) أنها فى كسبه فان لم يف الكسب ففى بيت المال لانه لا يمكن

إيجابها على المالك لأنه لا يملك الانتفـــاع ، ولا على الموصى له ، لأنه لا يملك الرقبة ، فلم يبق الا ما قلناه ، فان احتاج البستان الموصى بثمرته الى سقي أو الدار الموصى بمنفعتها الى عمارة لم يجب على واحد منهما ، لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الانفاق ، فاذا اشتركا لم يجب .

فصـــل فان أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يجوز ، لأنه يملكها ملكا تاما .

(والثانى) أنه يجوز لأنها عين مسلوبة المنفعة فلم يجز بيعها كالأعيـان التى لا منفعة فيها .

(والثالث) يجوز بيعها من الموصى له ، لأنه يمكنه الانتفاع بها ، ولا يجوز من غيره لأنه لا يمكنه الانتفاع بها ، فان أراد أن يعتقـه جاز ، لأنه يملكـه ملكا تاما ، والموصى له أن يستوفى المنفعة بعد العتق ، لأنه تصرف فى الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة ، ولا يرجع العبد على المالك بأجـرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق فى أحد القولين ، لأن هنـاك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة) .

الشرح إن أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث ، قوم العبد يوم موت الموصى ، لأنه حال نفوذ الوصية ، ودفع إلى زيد ودفع بقية الثلث إلى عمرو . فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو ، وإن مات العبد بعد موت الموصى أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو ، وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصى أو بعده وإن مات العبد قبل موت الموصى قومنا التركة حال موت الموصى بدون العبد ، ثم يقوم العبد لو كان حيا ، فان بقى من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو ، وإلا بطلت وصيته . وما بقى من الفصل فعلى وجهه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الرجوع فى الوصـية

يجوز الرجوع فى الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض ، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف ، لأنه فسخ عقداً قبل تمامه ،

فجاز بالقول والتصرف ، كفسخ البيع فى مدة الخيار ؛ وفسخ الهبة قبل القبض ، وان قال : هو حرام عليه فهو رجوع ، لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه ، فان قال : لوارثى فهو رجوع ، لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له ، وان قال : هو تركتى ففيه وجهان :

(احدهما) أنه رجوع لأن التركة للورثة .

(والثانى) أنه ليس برجوع لأن الوصية من جملة التركة .

فصل وان وصى لرجل بعبد ، ثم وصى به لآخر ، لم يكن ذلك رجوعا لامكان أن يكون نسى الأول ، أو قصد الجمع بينهما ، فان قال : ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع ، ومن أصحابنا من قال : ليس برجوع كالمسألة قبلها ، والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع .

فصل وان باعه أو وهبه واقبض أو أعتقه أو كاتبه أو اوصى أن يباع أو يوهب ، ويقبض ، أو يعتق ، أو يكاتب ، فهو رجوع ، لأنه صرفه عن الموصى له ، وان عرضه للبيع أو رهنه فى دين أو هبه ولم يقبضه فهو رجوع ، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له .

ومن أصحابنا من قال : انه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك ، وليس بشىء، وان وصى بثلث ماله ثم باع ماله ، لم يكن ذلك رجوعاً ، لأن الوصية بثلث المال عند الموت لا بثلث ما باعه ، فان وصى بعبد ثم دبره ــ فان قلنا : ان التدبير عتق بصفة ــ كان ذلك رجوعا ، لأنه عرضه لزوال الملك ، وان قلنا : انه وصية ــ وقلنا فى أحد القولين : أن العتق يقدم على سائر الوصايا ــ كان ذلك رجوعا لأنه أقوى من الوصية فأبطلها ، وان قلنا : ان العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان :

(احدهما) انه ليس برجوع ، فيكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به ، كما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر .

(والثانى) أنه رجوع ، لأن التدبير أقوى ، لأنه يتنجز من غير قبول ، والوصية لا تتم الا بالقبول ، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز فى حياته من التبرعات على الوصية .

فصل وان وصى له بعبد ثم زوجه أو آجره أو علمه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعا ، لأن هذه التصرفات لا تنافى الوصية ، فان كانت

جارية فوطئها ، لم يكن ذلك رجوعا ، لأنه استيفاء منفعة فلم يكن ذلك رجوعا كالاستخدام ، وقال ابو بكر بن الحداد المصرى : ان عزل عنها لم يكن رجوعا ، وان لم يعزل عنها كان رجوعا لأنه قصد التسرى بها .

فصـــــل وان وصى بطعام معين فخلطه بغيره ، كان ذلك رجوعا لانه جعله على صفة لا يمكن تسليمه ، فان وصى بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعا . لأن الوصية مختلطة بمثلهـــا ، والذى خلطه به مثله ، فلم يكن رجوعا ، فان خلطه باجود منه كان رجوعا ، لانه احدث فيـــه بالخلطزيادة لم يرض بتمليكها ، فان خلطه بما دونه ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى على بن ابى هريرة : انه ليس برجوع ، لانه نقص احدثه فيه فلم يكن رجوعا كما لو اتلف بعضه .

(والثانى) انه رجوع لانه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو اجود منــه ، فان نقله الى بلد ابعد من بلد الموصى له ففيه وجهان .

(احدهما) انه رجوع لانه لو لم يرد الرجوع لما ابعده عنه .

(والثانى) انه ليس برجوع لانه باق على صفته .

فصـــــل فان وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعا ، لانه جعله كالمستهلك ، وان وصى بحنطة فطحنها او بدقيق فعجنــه ، او بعجين فخبزه ، كان ذلك رجوعا ، لانه ازال عنه الاسم ، ولانه جعله للاستهلاك . وان وصى له بخبز فجعله فتيتا ففيه وجهان :

(احدهما) انه رجوع لانه ازال عنه اطلاق اسم الخبز ، فاشبه اذا ترده .

(والثانى) ليس برجوع ، لان الاسم باق عليه ، لانه يقال خبز مدقوق ، وان وصى برطب فجعله تمراً ففيه وجهان . احدهما : انه رجوع لانه ازال عنه اسم الرطب . والثانى : ليس برجوع لانه ابقى له واحفظ على الموصى له) .

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه : فى الأم وللرجل إذا أوصى بوصية تطوع بها أن ينقضها أو يبدل منها ما شاء التدبير أو غيره ما لم يمت، وإن كان فى وصيته إقرار بدين أو غيره أو عتق بتات فذلك شيء واجب عليه أوجبه على نفسه فى حياته لا بعد مـــوته ، فليس له أن يرجـــع من ذلك فى شيء .

ثم قال فى باب ما يكون رجوعا فى الوصية وتغييراً لها ومالا يكون رجوعا ولا تغييراً : وإذا أوصى رجل بعبد بعينه لرجل ثم أوصى بذلك العبد بعينه لرجل فالعبد بينهما نصفان ، ولو قال : العبد الذى أوصيت به لفلان لفلان ، وقد أوصيت بالذى أوصيت به لفلان لفلان ، كان هذا رداً للوصية الأولى ، وكانت وصيته للآخر منهما ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم أوصى أن يباع ذلك العبد كان هذا دليلا على إبطال وصيته به للأول ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو كاتبه أو دبره أو وهبه كان هذا كله إبطالا للوصية فيه .

ثم قال : ولو أوصى به لرجل ثم أذن له فى التجارة أو بعثه تاجراً إلى بلد أو أجره أو علمه كتاباً أو قرآنا أو علما أو صناعة أو كساه أو وهب له مالا أو زوجة لم يكن شىء من هذا رجوعا فى الوصية ، ولو كان الموصى به طعاما فباعه أو وهبه أو أكله أو كان حنطة فطحنها أو دقيقا فعجنه أو خبزه، أو حنطة فجعلها سويقا كان هذا كله كنقض الوصية ، ولو أوصى له بما فى هذا البيت من الحنطة ثم خلطها بحنطة غيرها كان هذا إبطالا للوصية ، ولو أوصى له بما فى البيت بمكيلة حنطة ثم خلطها بحنطة مثلها لم يكن هذا إبطالا للوصية وكانت له المكيلة التى أوصى بها له . ا هـ .

قلت : ما أورد الشافعى فى هذا الكلام صور لما يمكن أن يكون رجوعا بالتصرف وإبطالا ، أو تصرفا لا يعد رجوعا ولا يؤثر فى صحتها ، وبيان هذا أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى بثلثه له ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ، ولا يكون ذلك رجوعا فى الوصية الأولى ، وبهذا قال ربيعة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود بن على : وصيته للآخر منهما ، لأنه وصى للثانى بما وصى به للأول فكان رجوعا ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر ، ولأن الثانية تنافى الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال : هذا لورثتى .

ولنا أنه وصى لهما فاستويا فيهما ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بسيارتى ، وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته . وفى مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية أحدهما بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعا فى الوصية لبشر . وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وهو أيضا مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثانى ، فأشبه ما لو قال : رجعت عن وصيتى لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشىء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر ، فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما ، وقد ثبتت وصية الأول يقينا فلا تزول بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا فى القدر الذى وصى به للثانى خاصة وباقيه للأول .

وأجمع أهل العلم على أن للوصى أن يرجع فى جميع ما أوصى به وفى بعضه إلا الوصية بالإعتاق ، وبعضهم على جواز الرجوع فى الوصية به أيضا . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : (يغير الرجل ما شاء من وصيته) وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وقال الشعبى وابن سيرين وشبرمة والنخعى : يغير منها ما شاء إلا العتق ، لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير .

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها ، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة الحياة .

ويحصل الرجوع بقوله : رجعت فى وصيتى أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتى أو فى ميراثى ، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه ، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله

ولبسه ، أو جارية فأحبلها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع ولا يعد من الرجوع جماع الجارية بخلاف ما لو أحبلها .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أنه يكون رجوعا . وحكى عن أصحاب الرأى أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة ، ولأنه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه ، وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعاً ، لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافى الوصية الأولى ، والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعا لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب أحمد لأنه لا يزيل الملك فأشبه إجارته ، وكذلك الحكم فى الكتابة .

فـــرع وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز ففته كان رجوعا ، لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، فدل على رجوعه ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . أما تفتيته ودقه فقد قال أصحاب أحمد : يعد رجوعا ولأصحابنا فيه وجهان حكاهما المصنف .

وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لأنه يتعذر بذلك تسليمه . وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها نظرت فإن كان بخير منها كان ذلك رجوعا لأنه أحدث فيه زيادة ليست من الوصية . أما إذا خلطه بما دونه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن ذلك ليس رجوعا قياسا على ما إذا تلف بعضه فصار الباقى على وصيته .

(والثانى) أنه رجوع ، وقد ذهب أحمد وأصحابه إلى أن الخلط بما هو خير منه أو بما دونه أو بمثله لا يعد رجوعا لأنه كان مشاعا وبقى مشاعا

وعندهم وجه ضعيف فيما خلط بخير منه أنه يكون رجوعا ، لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وصى بقطن فغزله او بغزل فنسجه كان ذلك رجوعا ، لانه ازال عنه الاسم ، وان اوصى له بقطن فحشى به فراشا ففيه وجهان .

(احدهما) انه رجوع ، لأنه جعله للاستهلاك . (والثانى) ليس برجوع لأن الاسم باق عليه .

فصل وان اوصى له بثوب فقطعه او بشاة فذبحها ، كان رجوعا لانه ازال عنه الاسم ، ولأنه جعله للاستهلاك ، وان وصى له بلحم فطبخه او شواه كان ذلك رجوعاً ، لانه جعله للأكل ، وان قدده ففيه وجهان كما قلنا فى الرطب اذا جعله تمراً .

فصل وان وصى له بثوب فقطعه قميصا او بساج فجعله بابا ففيه وجهان :

(احدهما) انه رجوع لانه ازال عنه اطلاق اسم الثوب والساج . ولأنه جعله للاستعمال .

(والثانى) انه ليس برجوع ، لان اسم الثوب والساج باق عليه .

فصل وان وصى بدار فهدمها كان رجوعاً لانه تصرف ازال به الاسم ، فكان رجوعا ، كما لو وصى بحنطة فطحنها ، وان تهدمت ـ نظرت فان لم يزل عنها اسم الدار ـ فالوصية باقية فيما بقى . واما ما انفصل عنها فالمنصوص انه خارج من الوصية لانه انفصل عن الموصى به فى حياة الموصى . وحكى القاضى ابو القاسم ابن كج رحمه الله وجها آخر : انه للموصى له لانه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال ، وان زال عنها اسم الدار ففى الباقى من العرصة وجهان :

(احدهما) أنه تبطل فيه الوصية لأنه أزال عنها اسم الدار .

(والثانى) لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع .

فصـــل وان وصى له بارض فزرعها لم يكن ذلك رجوعا ، لانه لا يراد للبقاء ، وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعا ، وان غرسها او بنى فيها ففيه وجهان :

(احدهما) أنه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة ، فدل على الرجوع .

(والثانى) ليس برجوع لأنه استيفاء منفعة فهو كالزراعة ، فعلى هـــذا فى موضع الأساس وقرار الغراس وجهان .

(احدهما) انه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذى بينهـــما فاذا مات الغراس أو زال البناء عاد الى الموصى له (والثانى) انه تبطل الوصية فيـــه لانه جعله تابعا لما عليه .

فصـــل وان اوصى له بسكنى دار سنة فاجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعا ، لانه قد تنقضى الاجارة قبل الموت ، فان مات قبل انقضـــــاء الاجارة ففيه وجهان :

(احدهما) يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الاجارة .

(والثانى) انه تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الاجارة وتبقى فى مـدة الباقى .

الشرح إذا وصى بكتان أو قطن فغزله أو وصى بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بسبيكة فصاغها أو شاة فذبحها كان ذلك رجوعا ، وبهـــذا قال أصحاب الرأى والشافعى فى ظاهر المذهب وهو الراجح عن أحمد ، واختار أبو الخطاب من الحنابلة أنه ليس برجوع ، وهو قول أبى ثور لأنه لا يزيل الاسم .

دليلنا : أنه عرضة للاستعمال فصار رجوعا كالمسائل قبله ، ولا يصـــح قوله : إنه لا يزيل الاسم ، فإن الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يســـمى كتانا .

فـــرع قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى له بدار وقبل كانت له وما ثبت فيها من أبوابها وغيرها دون ما فيها . قلت : لأن الوصية إذا كانت بالدار دخل فيها كل ما كان من الدار ولها ، ولم يدخل فى الوصـية كل ما كان فى الدار إذا لم يكن منها ، فالداخل فى الوصية حيطانها وسقوفها وأبوابها المنصوبة عليها وما كان متصلا بها من زخرفها ودرجها ، ولم يدخل فيها ما انفصل عنها من أبوابها ورفوفها وسلاليمها المنفصلة عنها .

وجملة ذلك أن كل ما جعلناه داخلا فى البيع معها دخل فى الوصية بها . وكل ما لم نجعله داخلا فى البيع لم يدخل فى الوصية ، فلو كان الموصى به أرضاً دخل فى الوصية نخلها وشجرها ، ولم يدخل فيه زرعهـا ، ولو كان نخلها عند الوصية مثمراً لم يدخل ثمرها فى الوصـية إن كان مؤبراً ، وفى دخوله فيها إن كان غير مؤبر وجهان (أحدهما) يدخل كالبيع (والثـانى) لا يدخل لخروجه عن الاسم ، وإن كان متصلا ، وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه فى دخوله فى الرهن .

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو انهدمت فى حيـاة الموصى كانت له إلا ما انهدم منها فصار غير ثابت فيها ، وصورتها فى رجـل أوصى لرجل بدار فانهدمت فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن تنهدم فى حياة الموصى .

(والثانى) بعد موته وبعد قبول الموصى له .

(والثالث) بعد موته ، وقبل قبول الموصى ، فإن انهدمت فى حيـاة الموصى فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام . والثانى : أن لا يزول ، فإن لم يزل اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها تسـمى داراً ، فالوصية جائزة وله ما كان ثابتاً فيها من بنيانها ، فأما المنفصل عنهـا بالهدم فالذى نص عليه الشافعي أن يكـون خارجا من الوصـية ، فذهب الجمهور من أصحابنا الى حمل ذلك على ظاهره وأنه خارج من الوصـية ، لأن ما انفصل عنه لا يسمى داراً ، فلم يكن للموصى له بالدار فيها حق

وحكى أبو القاسم بن كج وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن نص الشافعى على خروج ما انهدم من الوصية محمول على أنه هدمه بنفسه فصار ذلك رجوعاً فيه ، ولو انهدمت بسبب من السماء لا ينسب لفعل الموصى كان للموصى له باقى الدار لأنه منها وإنما بان عنها بعد أن تناولته الوصية، وإن كانت الدار بعد انهدامها لا تسمى داراً لأنها صارت عرصة لا بناء فيها ففى بطلان الوصية وجهان :

(أحدهما) لا تبطل وهذا قول من جعل الآلة بعد انفصالها ملكا للموصى له .

(والوجه الثانى) أن الوصية بها باطلة وهو الأصح ، لأنها إذا كانت عرصة لم تسم داراً ، ألا ترى لو حلف لا يدخلها لم يحنث بدخول عرصتها بعد ذهاب بنائها ، وهذا قول من جعل ما انفصل عنها غير داخل فى الوصية ، فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وبعد قبول الموصى له فالوصية بهما ممضاة ، وجميع ما انفصل عنها من البناء كالمتصل يكون ملكاً للموصى له لاستقرار ملكه عليها بالقبول .

فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له ، فإن لم يزل اسم الدار عنها فالوصية بحالها ؛ فاذا قبلها الموصى له ، فإن قيل : إن القبول يبنى عن تقدم الملك بموت الموصى وكل ذلك ملك للموصى له المنفصل منه والمتصل ، فإن قيل : إن القبول هو المملك فله الدار وما اتصل بها من البناء .

وفى المنفصل وجهان (أحدهما) للموصى له (والثانى) للورثة ، وإن لم تسم الدار بعد انهدامها داراً .

(فإن قلنا) إن القبول يبنى عن تقدم الملك ، فالوصية جائزة وجهاً واحداً وله العرصة وجميع ما فيها من منفصل أو متصل ، إذا كان عند الموت متصلا ، وإن قيل : إن القبول هو المملك مع بطلان الوصية بانهدامها على ما مضى من الوجهين (أحدهما) باطلة (والثانى) جائزة وله ما اتصل

بها . وفى المنفصل وجهان وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه وليس فيه أقاويل تذكر ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الأوصياء

لا تجوز الوصية الا الى بالغ عاقل حر عدل ، فأما الصبى والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية اليهم ، لأنه لاحظ للميت ولا للطفل فى نظر هؤلاء، ولهذا لم تثبت لهم الولاية ، وأما الكافر فلا تجوز الوصية اليه فى حق المسلم، لقوله عز وجل « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ، ودوا ما عنتم » (١) ولأنه غير مأمون على المسلم ، ولهذا قال الله تعالى « لا يرقبون فى مؤمن الا ولا ذمة » (٢) وفى جواز الوصية اليه فى حق الكافر وجهان .

(أحدهما) انه يجوز لأنه يجوز أن يكون وليا له فجاز أن يكون وصيا له كالمسلم .

(والثانى) لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم .

فصل وتجوز الوصية الى المرأة لما روى « أن عمر رضى الله عنه وصى الى ابنته حفصة فى صدقته ما عاشت ، فاذا ماتت فهو الى ذوى الرأى من أهلها » ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية اليها كالرجل ، واختلف أصحابنا فى الأعمى فمنهم من قال : تجوز الوصية اليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية اليه كالبصير ، ومنهم من قال : لا تجوز الوصية لأنه تفتقر الوصية الى عقود لا تصح من الأعمى ، وفضل نظر لا يدرك الا بالعين) .

الشرح قوله تعالى : « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر » الآية أى لا تتخذوا هؤلاء المنافقين أهل مودة تفضون إليهم بأسراركم ، وتطلعونهم على ما خفى من شئونكم فانهم لا يألونكم خبالا ولا

---

(١) آل عمران : ١١٨

(٢) التوبة : ١٠ .

يقصرون فى اضعافكم وإفساد حالكم كقوله تعالى « لو خرجوا فيكم ما زادوكم الا خبالا » [1] أى ضعفاً وخذلانا وهم يتمنون وقوعكم فى المشقة والضرر الشديد وقد بدت أمارات العداوة لكم على ألسنتهم وما يخفون فى صدورهم من الغمر والسخائم أكبر .

وأما قوله تعالى : « لا يرقبون فى مؤمن إلاً ولا ذمة وأولئك هم المعتدون » [2] أى لا يراعون فى قتل مؤمن لو قدروا على قتله عهداً ولا ذمة لأنهم ديدنهم الاعتداء والعدوان ومجاوزة الحد فى الظلم وهم الجامعون لجميع أوصاف الغدر والخيانة وقد سبق هذه الآية قوله تعالى : « وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاً ولا ذمة يرضونكم بأفواههم وتأبى قلوبهم وأكثرهم فاسقون » [3] أى يعطونكم بألسنتهم من القول خلاف ما يضمرونه لكم فى نفوسهم من العداوة والبغضاء ، وتأبى قلوبهم أن يذعنوا بتصديق ما يبدونه لكم بألسنتهم وأكثرهم فاسقون ناقضون للعهد خارجون عن طاعة الله وأما أثر عمر فى وصيته لابنته حفصة فقد أخرجه أبو داود قال الحافظ ابن حجر : الأصل أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافى الوقف ويناقضه ، وعليه جرت أوقاف الصحابة ، وقف عمر وشرط أن لا جناح على من وليه أن يأكل منها بالمعروف ، وأن التى تليه حفصة فى حياتها ، فإذا ماتت فذو الرأى من أهلها قال الحافظ رواه أبو داود بسند صحيح به وأتم .

(أما الأحكام) فانه تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه ، لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف فى أموالهما ، فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، لقوله تعالى « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر » [4] .

قال ابن أبى حاتم : حدثنا أبى حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا

---

(١) سورة التوبة : الآية ٤٧ — (٢) سورة التوبة : الآية ١٠

(٣) سورة التوبة الآية ٨ — (٤) سورة آل عمران الآية ١١٨

عيسى ابن يونس عن أبي حيان التيمى عن أبي الزنباع عن ابن أبي الدهقانة قال : قيل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه : « إن ههنا غلاما من أهل الحيرة حافظ كاتب فلو اتخذته كاتبا ؟ فقال : قد اتخذت إذن بطانة من دون المؤمنين » فعلى هذا الأثر مع هذه الآية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم فى الكتابة التى فيها استطالة على المسلمين واطلاع على دواخل أمورهم التى يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من أهل الحرب ، ولهذا قال تعالى : « لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم » وما هنا مصدرية فيكون المصدر الصريح المفعول لودوا « عنتكم » .

وقال الحافظ أبو يعلى : حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا هشيم حدثنا العوام عن الأزهر بن راشد قال : كانوا يأتون أنساً فإذا حدثهم بحديث لا يدرون ما هو أتوا الحسن البصرى فيفسره لهم قال : فحدث ذات يوم عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تستضيئوا بنار المشركين ولا تنقشوا فى خواتيمكم عربيا » فأتوا الحسن ففسر لهم الاستضاءة : لا تستشيروا المشركين فى شئونكم تصديق ذلك فى كتاب الله وتلا الآية ، ويقول الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب الأوصياء : ولا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم عدل .

وروى ابن إسحاق وغيره عن ابن عباس قال : كان رجال من المسلمين يواصلون رجالا من اليهود ، لما كان بينهم من الجوار والحلف فى الجاهلية، فأنزل الله تعالى فيهم يناهم عن مباطنتهم تخوف الفتنة عليهم هذه الآية ، وأخرج عبد بن حميد أنها نزلت فى المنافقين من أهل المدينة : نهى المؤمنون أن يتولوهم ومن ثم فلا تصح وصية مسلم إليه لأنه لا يلى على مسلم ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق ، وأما وصية الكافر إليه ـ فإن لم يكن عدلا فى دينه ـ لم تصح الوصية إليه ، لأن عدم العدالة فى المسلم يمنع صحة الوصية إليه فمع الكفر أولى ، وإن كان عدلا فى دينه ففيه وجهان .

أحدهما : تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأى لأنه يلى

بالنسب فيلي الوصية كالمسلم . والثاني : لا تصح ، وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه كفاسق المسلمين . ولأصحاب أحمد وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمراً أو خنزيراً .

أما الوصية إلى المرأة فانها تصح فى قول أكثر أهل العلم . وروى ذلك عن شريح . وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، ولم يجزه عطاء ، لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية .

دليلنا أن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ،وتخالف القضاء ، فإن المعتبر له الكمال فى الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية للأعمى فى أحد الوجهين لأنه من أهل الشهادة وهو قول أحمد وأصحابه ، ولم يسلم القائلون بالجواز لمخالفيهم حكمهم ، لأنه يمكنه التوكيل فيما يحتاج إلى نظر ، ثم إنه من أهل الشهادة والولاية فى النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالبصير . وعلى الوجه الآخر عند أصحابنا أنه لا تصح الوصية إليه بناء على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وقد مضى فى البيوع وفى السلم وفى غيرهما مزيد بيان .

أما الصبى العاقل فلا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولأنه مولى عليه ، فلا يكونواليا كالطفل والمجنون . وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وليس عندهم نص عن أحمد فيه ، وإنما رجح أكثرهم مذهبا فى الصبى إلا القاضى فقد قال : قياس المذهب صحة الوصية إليه ، لأن أحمد قد نص على صحة وكالته وأما الفاسق فان الوصية إليه لا تصح فى قول مالك والشافعى وأحمد . وفى رواية عن أحمد صحة الوصية إليه فى رواية ابن منصور عنه . وعند الخرقى من الحنابلة إذا كان خائناً ضم إليه أمين

قال ابن قدامة : وهذا يدل على صحة الوصية إليه وبضم الحاكم اليه أمينا . وقال أبو حنيفة : تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالعدل ، وبهذا يكون على قول أصحاب أحمد عدم جواز إفراده بالوصية .

وعند أبى حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه الشروط التى تصح بها الوصية اليه ، فمنهم من قال : يعتبر ذلك عند الوفاة ، فان وصى الى صبى فبلغ أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلا قبل الوفاة صحت الوصية، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل ، ومنهم من قال : تعتبر عند العقد وعند الموت ، ولا تعتبر فيما بينهما ، لأن حال العقد حال الايجاب ، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما . ومنهم من قال تعتبر فى حال الوصية وفيما بعدها ، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت ، فاعتبرت الشروط فى الجميع .

فصل وان وصى الى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى ـ فان كان لضعف ـ ضم اليه معين أمين ، وان تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية اليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه .

فصل ويجوز أن يوصى الى نفسين . لما روى أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعلت النظر فى وقفها الى على كرم الله وجهه فان حدث به حدث رفعه الى ابنيها فيليانها » ويجوز أن يجعل اليهما والى كل واحدا منهما لأنه تصرف مستفاد بالاذن فكان على حسب الاذن فان جعل الى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف ، فان ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن ينصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن الموصى رضى بنظر كل واحد منهما وحده ، فان وصى اليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه لم يرض بأحدهما ، فان ضعف أحدهما ضم اليه من يعينه فان فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لان الموصى لم يرض بنظره وحده ، فان أراد الحاكم أن يفوض الجميع الى الثانى لم يجز لأنه لم يرض

الوصى باجتهاده وحده فان ماتا او فسقا فهل للحاكم أن يفوض الى واحد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز ، لانه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه الى الحاكم .

(والثانى) لا يجوز لانه لم يرض بنظر واحد ، وان اختلف الوصيان فى حفظ المال جعل بينهما نصفين . فاذا بلغا الى التصرف - فان كان التصرف الى كل واحد منهما - تصرف كل واحد منهما فى الجميع ، وان كان اليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر .

فصل **ومن وصى اليه فى شىء لم يصر وصيا فى غيره ومن وصى اليه الى مدة لم يصر وصياً بعد المدة ، لأنه تصرف بالاذن فكان على حسب الاذن) .**

الشرح حديث « أن فاطمة أوصت إلى على فإن حدث به حادث فإلى ابنيها » قال الحافظ فى تلخيص الحبير : لم أره .

أما الأحكام فإن الشروط التى أسلفنا تقريرها هل تعتبر فى الوصى حال العقد أو حال الموت أو حال العقد والموت ؟ على اختلاف بين أصحابنا ، وإلى اعتبارها حال العقد ذهب أحمد وأصحابه فى أحد الوجهين عندهم ، لأنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فلا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثانى لو كانت الشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه ، وهو الوجه الثانى عند أصحاب أحمد . والوجه الثالث : أن تعتبر حال صدور العقد عند الوفاء ، ولا تعتبر حالة فيما بينهما من الزمن كما سيأتى .

فرع الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما ، فعلى هذا إذا كان الوصى فاسقاً فحكمه حكم من لا وصى له عند أصحاب أحمد ، وينظر الحاكم فى ماله ، وعند أحمد أن الوصية باطلة ابتداء كالذى طرأ عليه فسقه بعد الوصية تزول ولايته ويقيم الحاكم مقامه آميناً ، وهذا هو قول الثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل . وعلى قول بعض الحنابلة

كالخرقى تصح الوصية ويضم إليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصى بإبقائه فى الوصية . قالوا : فإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ، لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد .

وأما العدل الذى يعجز عن النظر لعلة أو ضعف طرأ ، فإن الحاكم يضم إليه أميناً ، ولا تزول يده عن المال ولا نظره ويكون الأول هو الوصى دون الثانى ، وهذا معاون له ، لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصى ، وهذا قول الشافعي وأبى يوسف وأحمد بن حنبل ولا أعلم لهم مخالفاً .

أما إذا تغير حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه أو فسق زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر الى الحاكم فيقيم أميناً ناظراً للميت فى أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً .

أما إذا تغيرت حالته بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية إليه ، لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . هذا وجه ، ووجه آخر تبطل لأن كل حالة منهما حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيهما . فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

اذا ثبت هذا فإنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين . فمتى أوصى إليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف ، فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصى لم يرض بنظر هذا الباقى منهما وحده ، فإن أراد الحاكم رد الباقى منهما فوجهان :

أحدهما : لا يجوز . والثانى : يجوز ، لأن النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية كان له رده إلى واحد ، كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصية من الموصى والأمانة من جهة الحاكم . ولنا أن الموصى لم يرض بتصرف هذا

وحده فوجب ضم غيره إليه ، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده .

فإن كانت الوصية بالإذن لكل واحد منهما أن يتصرف منفرداً ، فإذا مات أحدهما أو جن أو ارتد أو فسق جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن تصرف الباقي منهما على حسب الإذن مستفاد منه ، ولأنه رضي بنظر كل واحد منهما وحده ، فلا سبيل إلى إقامة بديل لمن بطل عقده .

وإن تغيرت حالهما جميعا بموت أو غيره فهل للحاكم أن ينصب مكانهما واحداً ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له ذلك ، لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد ، كذا ههنا ، ويفارق ما إذا كان أحدهما لأن الموصى بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ماتا معا .

(والثاني) لا يجوز أن ينصب إلا اثنين لأن الموصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً .

فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة إلى غيره ، وإن ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف ، وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك ، وكان لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فليس للحاكم أن يضم إليهما أمينا ، لأن الباقي منهما يكفي؛ إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أميناً ، وإن كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف منهما عنها أمينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والأمين معهما وليس لواحد منهم التصرف وحده .

فــــرع قوله : ومن وصى إليه فى شىء لم يصر وصياً فى غيره الخ .
وهذا صحيح لأنه يجوز أن يوصى لرجل بشىء دون شىء ، مثل أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقبض معاشه أو بقضـاء ديونه ، أو بالنظر فى أمر أطفاله فحسب ، فلا يكون له غير ما جعل إليه .

ويجوز أن يوصى إلى إنسان يقبض معاشه لصغاره ، وبآخر للإنفـاق عليهم من هذا المعاش ، وإلى آخر بقضاء ديونه ، وإلى آخر بالإنفاق على أطفاله ، فلا يكون لكل واحد منهم إلا ما جعل له دون غيره ، ومتى أوصى إليه بشىء لم يصر وصياً فى غيره . وبهذا قال الشافعى وأحمد بن حنبل .
وقال أبو حنيفة : يصير وصيا فى كل ما يملكه الوصى ، لأن هذه ولاية تنقل من الأب بموته ، فلا تتبعض كولاية الجد .

ولنا أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة إنسان ، فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل . وولاية الجد ممنوعة ثم ولاية الجد استفادها بقرابته وهى لا تتبعض والإذن يتبعض فافترقا .

وكذلك إذا أوصى له إلى زمن معين موصوف ، كأن إذا بلغ الصبى أو قدم المسافر ، أو معين كقوله إلى سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة بعد الألف ، وهو العام الذى نخط فيه هذا الشرح ، فإنه لا يجوز أن يتجاوزه لأن الإذن موقت بالعام المذكور ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وللوصى أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه ، كما قلنا فى الوكيل ، ولا يجوز أن يوصى الى غيره ، لانه يتصرف بالاذن فلم يملك الوصية كالوكيل ، فان قال أوصيت اليك ، فان مت فقد أوصيت الى فـلان صح ، لأن عمر رضى الله عنه وصى الى حفصة ، فاذا ماتت فالى ذوى الراى من أهلها ، ووصت فاطمة رضى الله عنها الى على كرم الله وجهه : فاذا مات فالى ابنيها ، ولأنه علق وصية التالى على شرط ، فصار كما لو قال : وصيت اليك شهراً ثم قال : الى فلان ، فان أوصى اليه وأذن له أن يوصى الى من يرى فقد قال فى الوصايا : لا يجوز . وقال فى اختلاف العراقيين : يجوز . فمن أصحابنا

من قال : يجوز قولا واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال ، فاذا جاز أن ينقل التصرف فى المال الى الوصى جاز أن ينقل الوصية اليـــه ، وما قال فى الوصايا أراد اذا أطلق الوصية منهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يجوز لما ذكرناه (والثانى) لا يجوز لأنه يعقد الوصية عـــن الموصى فى حال لا ولاية له فيه . وان وصى اليه وأذن له أن يوصى بعـد موته الى رجل بعينه ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين .

(والثانى) أنه كالمسألة الأولى لأن علة المسألتين واحدة .

فصـــــل ولا تتم الوصية اليه الا بالقبول لأنه وصـية فلا تتـــم الا بالقبول كالوصية له . وفى وقت القبول وجهان :

(أحدهما) يصح القبول فى الحال لأنه آذن له فى التصرف فصح القبـول فى الحال كالوكالة .

(والثانى) لا يصح الا بعد الموت كالقبول فى الوصية له .

فصـــــل وللموصى أن يعزل الوصى اذا شاء ، وللوصى ان يعـــــزل نفسه متى شاء ، لأنه تصرف بالاذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة .

فصـــــل اذا بلغ الصبى واختلف هو والوصى فى النفقة ، فقال الوصى : انفقت عليك ، وقال الصبى : لم تنفق على ، فالقـــول قول الوصى لأنه أمين وتتعذر عليه اقامة البينة على النفقة ، فان اختلفا فى قدر النفقة فقال : انفقت عليك فى كل سنة مائة دينار . وقال الصبى : بل انفقت على خمسين ديناراً ، فان كان ما يدعيه الوصى النفقة بالمعروف فالقول قـوله لأنه امين ، وان كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط فى الزيادة .

وان اختلفا فى المدة فقال الوصى : انفقت عشر سنين ، وقال الصبى : خمس سنين ، ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن القول للموصى ، كما لو اختلفا فى قدر النفقة . (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أن القول قـــول الصبى ، لأنه اختلاف فى مدة الأصل عدمها .

فصـــل وان اختلفا فى دفع المال اليه ، فادعى الوصى انه دفعـه اليه وانكر الصبى ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو المنصوص ، ان القول قول الصبى لأنه لم يأتمنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه ، كالمودع اذا ادعى دفع الوديعة الى وارث المودع ، والملتقط اذا ادعى دفع اللقطة الى مالكها .

(والثانى) ان القول قول الوصى كما قلنا فى النفقة) .

الشرح الأحكام : إذا أوصى له فى شىء لا يحسن القيام به بنفسه جاز له أن يوكل عنه من يتولاه ، كأن كان ما عهد إليه بالوصية فيـه كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوصى إلى من يعينـه على أدائه . وكذلك لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج إلى شـخص قوى يؤديه ، أو كان العمل يفتقر إلى مهـارة أو فن خاص له دارسـوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له توكيل غيره ممن يقوم بمثـل هذه الأمور ، وكذلك لو كان العمل سهلا ولكن من الأعمال التى يترفـع الوصى فى العادة عن مثلها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقـوم بهـا ، أما الوصية إلى غيره بغير إذن من الموصى فإنه لا يصح ذلك منه قولا واحداً .

أما إذا قال : أوصيت اليـك ومن بعـدك الى فلان ، فإن ذلك جـائز ولا كلام لما رويناه عن عمر أنه وصى إلى حفصة ، فاذا ماتت فالى ذوى الرأى من قومها ، ولذا جاز أن يوصى إلى من يخلفه بالتعيين كأوصيت إلى فلان فاذا مات فالى فلان كما أوصت فاطمة إلى على ومن بعده إلى ولديهـا السبطين رضى الله عنهما ، كما يجوز أن يوصى إلى من يخلفه بالوصف كقول عمر : فإلى ذوى الرأى من قومها ، وتجرى هذه الوصية مجرى المعلق على شرط كالوصية إلى أجل معين أو موصوف على ما مضى فى الفصل قبله .

أما إذا أوصى إليه ثم أذن له أن يوصى الى من يرى أو الى من يشاء ، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصى فقد قال الشـافعى رضى الله عنه فى الوصايا من الأم : ولو أوصى رجل إلى رجل فمات الموصى

إليه وأوصى بما أوصى به إلى رجل لم يكن وصى الوصى وصيا للميت الأول ، لأن الميت الأول لم يرض الموصى الآخر .

ولو قال : أوصيت إلى فلان فان حدث به حدث فقد أوصيت إلى من أوصى إليه لم يجز ذلك لأنه انما أوصى بمال غيره . وقال فى اختلاف العراقيين فى نسخة السراج البلقينى باب الوصى من اختلاف العراقيين ، وهى بعد وصية الإمام الشافعى رضى الله عنه التى كتبها قبل موته .

قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولو أن رجلا أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فان أبا حنيفة كان يقول : هذا الآخر وصى الرجلين جميعاً وبهذا يأخذ ،وكذلك بلغنا عن إبراهيم ، وكان ابن أبى ليلى يقول : هذا الآخر وصى الذى أوصى إليه ، ولا يكون وصيا للأول إلا أن يقول الثانى ، قد أوصيت إليك فى كل شىء ، أو يذكر وصية الآخر .

فمن أصحابنا من قال بالجواز قولا واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال ورضى الموصى باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو وصى إليهما معاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وإليه ذهب أحمد وأصحابه . وقالوا لأنه مأذون له فى الإذن فى التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، وما قال الشافعى فى الوصايا أراد إذا أطلق الوصية .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : يجوز لما أثبتناه ، والثانى : لا يجوز لأنه ليس له أن يوصى لأنه يلى بتوليه فلا يصح أن يولى فيما لا ولاية له فيه . أما إذا وصى له وأذن له فى أن يوصى إلى فلان بعده بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه لم يترك له إعمال الوسع ولا بذل الجهد فى تعيينه فقد أذن له أن يوصى إليه معيناً باسمه فصح كما لو أوصى له ثم من بعده إلى فلان ، والثانى : أنه كالمسألة قبلها لأنه كان بوسعه أن يوصى إليه من بعده ، ولكنه أذن له فى الوصية فكأنه جعل الوصية من شأنه .

وجملة ذلك أنه لا يجوز للوصى أن يوصى إلى غيره ، وهو قول الشافعى وإسحاق وأحد قولى أحمد ، وظاهر من مذهب الخرقى من الحنابلة لقوله فى ذلك فى الوكيل لأنه يتصرف بتوليه فلم يكن له التفويض كالوكيل . وقال مالك وأبو حنيفة والثورى وأبو يوسف وأحمد فى أحد قوليه : له أن يوصى إلى غيره .

فـــرع يصح قبول الوصية وردها فى حياة الموصى ، لأنها إذن فى التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل ، وهى لا تتم إلا بالقبول كالوصية له ، والفرق بينهما أن الأولى إذن له فى التصرف والثانية تمليك فى وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، هذا وجه والوجه الآخر أنه يجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصياً وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز فى حياة الموصى ، وبعد موته بمشهد منه وفى غيبته ، وبهذا قال الشافعى وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز فى حياته إلا بحضرته ، لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره ، وذكر ابن أبى موسى رواية عن أحمد : ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، وهذا فاسد لأنه متصرف بالإذن فكان له عزل نفسه كالوكيل ، فأما اختلاف الوصى والموصى فقد مضى كلامنا فيه فى الحجر وفى الوكالة ، وبعض صوره فى الوديعة . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير اذنه الا دين يقضى عنه ، او صدقة يتصدق بها عنه ، أو دعاء له ، فأما الدين فالدليل عليه ما روى أن امرأة من خثعم « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحج عن أبيها فأذن لها ، فقالت : أينفعه ذلك ؟ قال : نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه » وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أمه توفيت افينفعها أن أتصدق عنهـا ؟ فقال : نعم قال : فان لى مخرفا فاشهدك أنى قد تصدقت به عنها » .

وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل « والذين جاءوا من بعدهم يقولون : ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان » (١) فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لاخوانهم من الموتى ، وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت ثوابها . لما روى أبو هريرة رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا مات الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فاعتق عنه ، فمنهم من قال : لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق لأن العتق غير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه الى غيره فلم يقع عنه ، كما لو تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة ، ومنهم من قال : يقع عنه لأنه لو أعتق في حياته سقط به الفرض ، وبالله التوفيق) .

الشرح أما قوله تعالى من سورة الحشر « والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان » فقد روى عن سعد ابن أبي وقاص قال : الناس على ثلاث منازل قد مضت منزلتان ـ يعني قوله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضواناً وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ، والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ـ إلى قوله تعالى ـ المفلحون ، ثم قال : وبقيت منزلة ، فأحسن ما أنتم كائنون عليه أن تكونوا بهذه المنزلة التي بقيت ، ثم قرأ : والذين جاءوا من بعدهم » الآية .

أما حديث المرأة الخثعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده عن ابن عباس ، وكذا أخرجه أحمد والترمذي وصححه البيهقي من حديث على بن أبي طالب رضي الله عنه . وعن عبد الله بن الزبيرقال : « جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل ، والحج مكتوب عليه أفأحج عنه ؟ قال : أأنت أكبر ولده ؟ قال : نعم . قال : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزى ذلك عنه ؟ قال : نعم قال فاحجج عنه » رواه أحمد والنسائي بمعناه . وقال الحافظ ابن حجر : إسناده صالح . وعن ابن عباس

---

(١) سورة الحشر : ١٠ .

أيضاً « أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أمى نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ قال : نعم حجى عنها . أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ اقضوا الله فالله أحق بالوفاء » رواه البخارى والنسائى بمعناه . وعند أحمد ورواية أخرى للبخارى بنحو ذلك ، وفيها قال : « جاء رجل فقال : إن أختى نذرت أن تحج » وهو يدل على صحة الحج عن الميت من الوارث وغيره حيث لم يستفصله أو ارث هو أم لا ؟ وشبهه بالدين . وروى الدارقطنى عن ابن عباس « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبى مات وعليه حجة الإسلام أفأحج عنه ؟ » الحديث .

أما حديث ابن عباس « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن أمى توفيت أينفعها إن تصدقت عنها ؟ قال نعم . قال : فإن لى مخرفاً فأنا أشهدك أنى قد تصدقت به عنها » فقد رواه البخارى والترمذى وأبو داود والنسائى ، وقد ورد اسم الرجل الذى سأل النبى صلى الله عليه وسلم فى رواية البخارى أنه سعد بن عبادة ، ويؤيد ذلك أن أحمد والنسائى أخرجا حديثاً عن الحسن عن سعد بن عبادة أن أمه ماتت فقال : يا رسول الله إن أمى ماتت أفأتصدق عنها ؟ قال : نعم . قلت : فأى الصدقة أفضل ؟ قال سقى الماء ، قال الحسن : فتلك سقاية آل سعد بالمدينة » .

وقال النووى فى التهذيب فى كتاب المبهمات : (الرجل الذى قال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إن أمى قد توفيت أفينفعها ان تصدقت عنها ؟ قال : نعم) . ذكره فى آخر الوصايا من المهذب قال ابن باطيش وغيره هذا الرجل سعد بن عبادة وأمه عمرة بنت مسعود ا هـ .

أما حديث « إذا مات ابن آدم » فقد رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبى هريرة رضى الله عنه . ولفظ مسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » .

أما اللغات فقوله : فإن لى مخرفا . فى رواية مخراف ، والمخرف والمخراف الحديقة من النخل أو العنب .

أما أحاديث الفصل فإنها تدل على أن الصدقة من الولد تلحق الوالدين بعد موتهما بدون وصية منهما ، ويصل إليهما ثوابها فيخصص العام من قوله تعالى « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى » أخبرنا الربيع بن سليمان قال حدثنا الشافعى إملاء قال : يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث : حج يؤدى عنه ، ومال يتصدق به عنه أو يقضى ، ودعاء . فأما ما سوى ذلك من صلاة أو صيام فهو لفاعله دون الميت ، وإنما قلنا بهذا دون ما سواه استدلالا بالسنة فى الحج خاصة والعمرة مثله قياساً . وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج أحد عن أحد تطوعاً لأنه عمل على البدن . فأما المال فإن الرجل يجب عليه فيما له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه أن يؤدى عنه بأمره لأنه إنما أريد بالفرض فيه تأديته إلى أهله لا عمل البدن ، فإذا عمل امرؤ عنى ما فرض من مالى فقد أدى الفرض عنى ، وأما الدعاء فإن الله عز وجل ندب العباد إليه ، وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم به فإذا جاز أن يدعى للأخ حياً جاز أن يدعى له ميتا ، ولحقه إن شاء الله تعالى بركة ذلك ، مع أن الله عز ذكره واسع لأن يوفى الحى أجره ويدخل على الميت منفعته ، وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع أ هـ .

وقال شيخنا النووى فى كتاب الأذكار فى باب ما ينفع الميت من قول وغيره : أجمع العلماء على أن الدعاء للأموات ينفعهم ويصلهم ثوابه . واحتجوا بقول الله تعالى : « والذين جاءوا من بعدهم » الآية وغير ذلك من الآيات المشهورة بمعناها ، وفى الأحاديث المشهورة كقوله صلى الله عليه وسلم : « اللهم اغفر لأهل بقيع الغرقد » وكقوله صلى الله عليه وسلم : « اللهم اغفر لحينا وميتنا » وغير ذلك .

واختلف العلماء فى وصول ثواب قراءة القرآن . فالمشهور عن مذهب الشافعى وجماعة أنه لا يصل . وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء

وجماعة من أصحاب الشافعى إلى أنه يصل ، والمختار أن يقول بعد القراءة : اللهم أوصل ثواب ما قرأته . والله أعلم ا هـ .

وقال ابن النحوى فى شرح المنهاج : لا يصل إلى الميت عندنا ثواب القراءة على المشهور . والمختار الوصول إذا سأل الله إيصال ثواب قراءته . وينبغى الجزم به لأنه دعاء . فإذا جاز الدعاء للميت بما ليس للداعى ، فلأن يجوز بما هو له أولى ، ويبقى الأمر فيه موقوفاً على استجابة الدعاء ، وهذا المعنى لا يختص بالقراءة بل يجرى فى سائر الأعمال ، والظاهر أن الدعاء متفق عليه أنه ينفع الميت والحى القريب والبعيد بوصية وغيرها . وعلى ذلك أحاديث كثيرة ، بل كان أفضل الدعاء أن يدعو لأخيه بظهر الغيب .

وقد حكى النووى فى شرح مسلم الإجماع على وصول الدعاء إلى الميت ، وكذا حكى أيضاً الإجماع على أن الصدقة تقع عن الميت ويصل ثوابها ولم يقيد ذلك بالولد . وحكى الإجماع على لحوق قضاء الدين . والحق أنه يخصص عموم الآية بالصدقة من الولد كما فى أحاديث الفصل وبالحج من الولد كما فى حديث الخثعمية ، ومن غير الولد أيضاً كما فى حديث المحرم عن أخيه شبرمة . أما قراءة القرآن فيمكن أن أنجو بها نحواً آخر لعله يكون شافياً للصدور وافياً بالمقصود إن شاء الله .

ذلك أن الإجماع منعقد على جواز التوسل إلى الله تبارك وتعالى بالأعمال الصالحات ، وأن قراءة القرآن من صميم الأعمال الصالحة بل فى ذروتها فإذا سلمنا بهذا وأن قراءة القرآن من أجل القربات إلى الله تعالى جاز للعبد أن يتوسل إلى الله تعالى بما قرأ من القرآن أن يرحم والديه أو من يعينه من الأموات فيكون من قبيل التوسل إلى الله بعمل صالح كما لو دعته امرأة ذات حسب وجمال فقال : إنى أخاف الله رب العالمين ، ثم أصابه ما يقتضى أن يدعو متوسلا بهذا الامتناع عن الفاحشة مع توفر دواعيها ، ولكنه خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى فإن دعاءه مرجو القبول والإجابة والله تعالى أعلم بالصواب .

باب العتق

الشرح الرق ظاهرة اجتماعية سادت فى الأرض قبل الإسلام ، وتوغلت فى حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لا يقوم للمجتمع قائمة إلا بوجوده لأن القوى العاملة فى المجتمع التى تمثل عصب الانتاج وتحقيق المنجزات الاقتصادية من زراعية وعمرانية وصناعية كانت تقوم على أيدى الأرقاء ، وقد أدركت الدولة الرومانية أهمية هذه الفئة فى حفظ كيان الدولة فحرمت على الأفراد فى القانون الرومانى أن يعتقوا عبيدهم ، وكانت تحكم بالسجن أو التعذيب أو فرض الرق على من يضبط متلبساً بجريمة عتق عبد له ، وكانت مصادر الرق متنوعة فشعوب الأمم المغلوبة عسكريا تسترق للغالب من القواد والملوك الجبابرة ، والجنود توزع عليهم الأسلاب ومنها رجال ونساء هذه الأمم المقهورة ، وكل إنسان يخطف من أبيه وينتزع من أحضان أحبائه ومضاربهم ويجوعهم يصير عبداً مسترقا لخاطفيه لهم بيعه وهبته وتوريثه ويملكون حياته وموته وليس له حرمة فى تلك المجتمعات الجاهلية فارسية ورومانية وعربية وشرقية وغربية .

فلما جاء الإسلام وهو فى منهجه الرصين سماوى الهداية ، وفى تعبيره الجذرى نورانى الوسيلة ، وفى تدرجه الرزين تربوى التعليم ، وفى نظرته لهذه الفئة رحيم السلوك ، زاكى الاحساس ، رفيع الغاية ، خفف منابع الرق ، ويسر مصافيه ، وضيق مصادره ، ووسع موارده ، وقصره على الحروب وعدها وجعله بين المحاربين فقط لا يتجاوزه إلى الآمنين ممن لم يرفعوا سلاحا ، ثم نظم العلاقة بين السيد ومولاه حتى ليتمنى الحر منا أن يكون مولى لأحد هؤلاء النبلاء من حواريى النبوة وجنود الرسالة ، بل إن الإسلام حين جعل المرء لا يحط عنه وزر القسم الحانث إلا بعتق

رقبة ، ولا تنداح عنه معرة الظهار حين يجعل امرأته كظهر أمه إلا بعتق رقبة

من قبل أن يتماسا ، وجعل فى تعمد الطعام فى الصوم إعتاق رقبة ، وجعل المؤمن الحق الذى اقتحم العقبة ، هو الذى يفك الرقاب العانية ، ويطعم فى المسغبة المساكين الكادحة ، وحسبك أن الكتاب الذى يجمع أحكام الرق كلها اسمه كتاب العتق . وليس أبلغ من وصف أحكام هذا الكتاب بهذه الصفة (العتق) مما يدل على تشوف الشريعة وتشوقها إلى الإسراع فى الأخذ بأسباب العتق وانظر إلى صاحب الشريعة حين يجعل اللطمة على وجه العبد فكاكاً له من الرق وجعل جزاء اللطمة عتقه فمن لم يفعل مسته النار .

ثم إن الإسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبة لقوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » [1] فجعل للعبد الحق فى أن يطلب من سيده شراء نفسه مكاتبة بنجوم وأقساط يؤديها من صنعته أو عمله ، وعلى سيده أن يمنحه كل أسباب اليسر وإعطاؤه بعض المال ليكون بمثابة رأس مال له فى الحياة يواجه به أعباء الاستقلال عن سيده ، ومن عوامل تصفيته التدبير ، وهو أن يجعل رقه فى حياته ثم يكون حراً بعد موته ، ومن أسباب تصفيته أيضاً تحريم ميراث أم الولد ، وهو تحرير لها ولا ريب ، لذلك نزجى إليك فصول العتق والمكاتب والمدبر شاهدة على صدق هذه القضية التى بسطناها لك فى هذه الكليمة مجتزئين بها عن الشرح والتعليق لنوفر مكانا على الورق نبذله فيما لم تتعطل أحكامه وإنك لا تجد فى كتب الفقه على ما وقع لنا فى هذا الكتاب من يسميه من الفقهاء كتاب الرق وإنما يسمونه كتاب العتق ، لأن العتق مما يتشوف إليه الدين ويرغب فى عبادة الله تعالى والتقرب إليه بالعتق ، وكثرة العتق ككثرة الصلاة والحج والزكوات بل إنه فى ميزان الصالحات أعلا وأرجح لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : (من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه) على أنه وقد صح عزمنا وشرح الله صدرنا لتكون هذه الطبعة أكمل ومنهجنا فيها أقوى فانا سنخرج الأحاديث ونصحح ما كان صحيحا ونعلل ما كان معللا وهو ما تجردت منه الطبعة السابقة والتى

---

(١) سورة النور : ٣٣

كان فيها من الدواهى والعظائم ما نسأل الله أن ينتقم من المفسدين ويحبط أعمال المبطلين وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

العتق قربة مندوب اليه ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه » ولا يصح الا من مطلق التصرف فى المال لانه تصرف فى المال كالبيع والهبة ، فان اعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لانه لا يملكه فى أحد القولين ويملكه فى الثانى الا انه يبطل به حق البطن الثانى ، فلم يصح ، وان أعتق المريض عبداً وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق فى المرض وصية فلم يصح مع الدين ، وان أعتق العبد الجانى ، فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون .

فصل **ويصح بالصريح والكناية وصريحه العتق والحرية لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكناية كقوله : سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لانها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية .**

وفى قوله فككت رقبتك وجهان :

(احدهما) انه صريح لأنه ورد به القرآن قال الله سبحانه « فك رقبة » (١)

(والثانى) انه كناية لأنه يستعمل فى العتق وغيره . وان قال لأمته : انت على كظهر امى ونوى العتق ففيه وجهان :

(أحدهما) تعتق لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق .

(والثانى) لا تعتق لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق .

---

(١) سورة البلد : ١٣

فصـــل وان كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وعتق ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شركا له فى عبد ـ فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد ـ قوم عليه قيمة عدل ، وأعطى شركاءه حصصهم ، والا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق » وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص أنه يقوم عليه ، فمن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه لأن التقويم يوجب التمليك .

ومنهم من قال : يقوم عليه قولا واحداً لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات ، ويخالف البيع لأن القصد منه التمليك وفى ذلك صغار على الاسلام ، والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه ، فان كان نصف العبد وقفا ، ونصفه طلقا ، فأعتق صاحب الطلق نصيبه ، لم يقوم عليه الوقف ، لان التقويم يقتضى التمليك ، والوقف لا يملك ، ولأن الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى .

فصـــل وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الاتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) يعتق فى الحال ، فان كانت جارية فولدت كان الولد حراً ، لما روى أبو المليح عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لله شريك ، وفى بعضها فأجاز عتقه » .

(والثانى) : أنه يقع بدفع القيمة ، فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً ونصفه مملوكا ، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم « اذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسراً يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق » ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض ، كعتق المكاتب ، والثالث أنه مراعى فان دفع العوض حكمنا بانه عتق فى الحال ، وان لم يدفع حكمنا بانه لم يعتق لانا اذا أعتقناه فى الحـــال أضررنا بالشريك فى اتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض ، وان لم نعتقه اضررنا بالعبد فى ابقاء أحكام الرق عليه ، فاذا قلنا : انه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر ، فان دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول ، وان لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى ، فان بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها ، وان طالب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها ، فان أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا : ان العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل الى حقه ، فأن أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب

بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى ، فان أعتق الشريك نصيبه قبل اخذ القيمة ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه يعتق لأنه عتق صادف ملكه .

(والثانى) وهو المذهب انه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز ابطاله عليه .

فصل **وان كان بين اثنين جارية فأحبلها احدهما ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه ، وفى نصيب الشريك الأقوال التى ذكرناها فى العتق ، لأن الاستيلاد كالعتق فى ايجاب الحرية فكان كالاعتاق فى التقويم والسراية .**

الشرح حديث أبى هريرة متفق عليه وفيه (نسمة) بدل رقبة ونقيد الرقبة بكونها مسلمة وأخرجه الحاكم من طريق عقبة بن عامر وواثلة وأحمد من حديث مالك بن الحارث ومرة بن كعب وعمرو بن عبسة وتقدم فى الوصايا . وأما حديث ابن عمر (من أعتق شركا له فى عبد الخ) فهو متفق عليه وله ألفاظ أخرى كلها فى الصحيحين وحديث أبى المليح أخرجه أبو داود فى سننه فى كتاب العتق . أما حديث سالم عن أبيه عبد الله بن عمر مرفوعا فقد أخرجه أبو داود فى العتق والدارمى فى الفرائض ومسلم فى العتق والايمان والترمذى فى الأحكام وأحمد فى المسند . ج ٢ : ١١ ، ١٣٢ ، ٤٦٨ .

أما اللغات فقوله : لا وكس ولا شطط فالوكس النقص والشطط الجور وفى حديث معاوية أنه كتب إلى الحسين بن على « إنى لم أخسك ولم أكسك » أى لم أنقصك حقك ولم أنقض عهدك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة، فان قلنا : انه يسرى فى الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله ، كما لو اختلفا فى قيمة ما اتلفه بالجناية .**

وان قلنا : لا يعتق الا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه الا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة ، وان ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فانكر المعتق ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هو كالاختلاف فى القيمة ، وفيه قولان . ومنهم من قال : القول قول المعتق قولا واحداً لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعة الأصل عدمها ، وان ادعى المعتق عيباً فى العبد ينقص به القيمة وانكر الشريك ففيه طريقان ايضاً ، من أصحابنا من قال : هو كالاختلاف فى القيمة فيكون على قولين . ومنهم من قال : القول قول الشريك قولا واحداً ، لأن الظاهر معه ، والمعتق يدعى عيباً الأصل عدمه .

فصـــل وان كان المعتق معسراً عتق نصيبه وبقى نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضى الله عنه ، والا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ، ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد ، فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لأنا نتلف ماله ، ولا يحصل له عوض ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر ، لم يأخذ بالشفعة ، لأنه يزيل الضرر بالضرر ، وان كان موسراً بقيمة البعض عتق منه بقدره ، لأنما وجب بالاستهلاك اذا عجز عن بعضه وجب ماقدر عليه كبدل المتلف ، وان كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق ما معه ، ففيه قولان ، بناء على القولين فى الدين هل يمنع وجوب الزكاة ، فان قلنا : لا يمنع وجب عليه العتق ، وان قلنا : يمنع لم يجب العتق .

فصـــل وان ملك عبداً فاعتق بعضه سرى الى الباقى لأنه موسر بالقدر الذى يسرى اليه فسرى اليه ، كما لو أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر .

فصـــل وان اوصى بعتق شرك له فى عبد فاعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه ، وان احتمله الثلث ، لأنه بالموت زال ملكه فلا ينفذ الا فيما استثناه بالوصية ، وان وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه ، وأعتق عنه الجميع ، لأنه فى الوصية بالثلث كالحى ، فاذا قوم على الحى قوم على الميت بالوصية .

فصـــل وان كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف ، وللآخر الثلث ، وللثالث السدس ، فاعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما فى وقت واحد ، وكانا موسرين ، قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية ، لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرءوس كما لو اشترك اثنان فى جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات .

فصـــل وان كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمره بان يتذكر فان قال : أعتقت هذا قبل قوله ، لأنه أعرف بما قال ، فان اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذباً ، فان نكل حلف الآخر وعتق العبدان ، احدهما باقراره والآخر بالنكول واليمين ، وان قال : هذا ، بل هذا ، عتقا جميعاً لأنه صار راجعاً عن الأول مقراً بالثاني ، فان مات قبل أن يبين رجع الى قول الوارث ، لأن له طريقاً الى معرفته ، فان قال الوارث : لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما باولى من الآخر فرجع الى القرعة ، ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر ، أنه يوقف الى أن ينكشف لان القرعة تفضى الى أن يرق من اعتقه ، ويعتق من ارق ، فوجب أن يوقف الى أن يتبين ، والأول هو الصحيح ، لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث فى رقيقه وبالحر فى حق نفسه .

فصـــل وان أعتق عبداً من اعبد ، أخذ بتعيينه ، وله أن يعين من شاء ، فان قال : هو سالم بل غانم عتق سالم ، ولم يعتق غانم ، لأنه تخير لتعيين عتق ، فاذا عينه فى واحد سقط خياره فى الثانى ، ويخالف القسم قبله ، لأن ذلك اخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره . فان مات قبل أن يعين ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين كما لا يقوم مقامه فى تعيين الطلاق فى احدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق .

(والثانى) يقوم مقامه ، وهو الصحيح ، لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه ، كخيار الشفعة ، والرد بالعيب .

فصـــل ومن ملك احد الوالدين وان علوا او أحد المولودين وان سفلوا ، عتقوا عليه لقوله تعالى ((تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولداً ، أن كل من فى السموات والأرض الا آتى الرحمن عبداً)) (١) فنفى الولادة مع العبودية فدل على أنهما لا يجتمعان ، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه ، وان ملك بعضه ، فان كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقى لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد ، وان كان بغير سبب من جهته كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من

---

(١) سورة مريم : ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣

جهته ، وان ملك من سوى الوالدين والمولودين من الاقارب ، لم يعتق عليه ، لأنه لا بعضه بينهما فكانوا كالأجانب ، وان وجد من يعتق عليه مملوكاً فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » ولا يجب عليه ذلك لانه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة ، وان وصى للمولى عليه بأبيه ، فان كان لا تلزمه نفقته وجب على الولى قبوله لأنه يعتق عليه ، فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل ، من غير اضرار ، وان كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله ، لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته ، وفى ذلك اضرار فلم يجز ، وان وصى له ببعضه ، فان كان معسراً لزمه قبوله ، لأنه لا ضرر عليه من جهة التقويم ، ولا من جهة النفقة ، وان كان موسراً ، والاب ممن تلزمه نفقته ، لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته ، وفى ذلك اضرار ؛ وان كان لا تلزمه نفقته ففيه قولان :

(احدهما) لا يجوز قبوله ، لان ملكه يقتضى التقويم ، وفى ذلك اضرار .

(والثانى) يلزم قبوله ، ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره ، فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالارث .

الشرح حديث « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أخرجه مسلم فى العتق وأبو داود فى الأدب والترمذى فى البر وابن ماجه فى الأدب وأحمد فى مسنده جـ ٢ : ٢٣ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب القرعة

والقرعة ان تقطع رقاع متساوية ويكتب فى كل رقعة ما يراد اخراجه وتجعل فى بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف تغطى بشىء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة : أخرج بندقة ويعمل بما فيها فان كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء ، وان كان القصد عتق الربع جزئوا اربعة اجزاء ، وان كان القصد عتق النصف جزئوا جزءين ، وتعدل السهام ، فان كان القصد عتق الثلث ـ فان كان عددهم وقيمتهم متساوية ، فان كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة ـ جعل كل اثنين جزءاً ، ثم الحاكم بالخيار بين ان يكتب فى الرقاع الاسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق ، وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الاسماء،فان اختار كتب الأسماء كتب على كل

اسمين فى رقعة ، فان شاء اخرج القرعة على الحرية ، فاذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون ، وان شاء اخرج على الرق ، فاذا خرجت رق من فيها ، ثم يخرج قرعة أخرى على الرق ، فاذا خرجت رق من فيهما ، ويعتق الباقيان . والاخراج على الحرية أولى ، لأنه أقرب الى فصل الحكم ، فان اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة ، قيمة اثنين اربعمائة ، وقيمة اثنين ستمائة ، وقيمة اثنين مائتان ، جعل اللذان قيمتهما اربعمائة جزءاً ، وضم احد العبدين المقومين بستمائة الى احد العبدين المقومين بمائتين ، ويجعل العبدان الآخران جزءاً ، ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

وان اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة ، وقيمة ثلاثة مائة ، وقيمة أربعة مائة ، عدلوا بالقيمة ، فيجعل العبد جزءا والثلاثة جزءاً والأربعة جزءاً ، فان خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة . وان خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة . وان خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة ، لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة ، وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان ، جعلا جزءين واقرع بينهما ، فان خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة ، عتق جميعه ورق الاخر ، وان خرجت على المقوم بمائتين ، عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر ، فان اتفق العدد واختلفت القيم ــ فان عدل بالعدد ــ اختلفت القيم ، وان عدل بالقيمة اختلف العدد ، بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة ، وقيمة اثنين مائة ، وقيمة ثلاثة مائة ، فالمنصوص أنهم يعدلون بالقمية فيجعل العبد جزءاً والعبدان جزءاً والثلاثة جزءاً وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

ومن أصحابنا من قال : يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً ويضم أحد الثلاثة الى المقوم بمائة ، فيجعلان جزءاً ، وقيمتهما مائة وثلث ، ويجعل الآخران جزءاً وقيمتهما ثلاثمائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث ورق الباقون ، وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة الآخر بثلث المائة ، عتقا ورق الأربعة الباقون ، ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما ، لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما ، فان أقرع فخرجت القرقة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر ، وان خرجت على المقوم بثلث المائة ، عتق وعتق من الآخر الثلثان ، لاستكمال الثلث ورق الباقي والصحيح هو المنصوص عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج الى اعادة القرعة ، وتبعيض الرق والحرية فى شخص واحد ، فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة ، بأن كانوا خمسة ،

وقيمة احدهم مائة ، وقيمة الثانى مائتان ، وقيمة الثالث ثلثمائة ، وقيمة الرابع اربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان :

(احدهما) انه يكتب اسماؤهم فى رقاع بعددهم ، ثم يخرج على العتق ، فان خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة ، وان خرج المقوم باربعمائة عتق وقد بقى من الثلث مائة ، فيخرج اسم آخر ، فان خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه ورق باقية والثلاثة الباقون ، وعلى هذا القياس يعمل فى كل ما يخرج .

(والقول الثانى) أنهم يجزأون ثلاثة أجزاء ، على القيمة دون العدد ، فيجعل المقوم بخمسمائة جزءاً ، ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءاً ، ويجعل المقوم باربعمائة والمقوم بمائة جزءاً ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها ، وهو الثلث ، ويرق الباقون « لأن النبى صلى الله عليه وسلم جزاهم ثلاثة اجزاء » .

فصل قال الشافعى : وان اعتق ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ، ثم مات السيد ، اقرع بين الحيين والميت ، فان خرج سهم الحرية على الميت رق الاثنان ، وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق الى ان مات ، وكان له ما اكتسب واستفاد بارث غيره . وان خرج سهم الحرية على احد الحيين ، لم يعتق منه الا ثلثاه ، لان الميت قبل موت سيده مات عبداً ، فلم يكن له حكم ما خلف السيد ، وأن مات المعتق ، ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان اقرع بين الحى والميتين ، فان خرج بينهم العتق على الحى ، عتق كله ، واعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان .

فصل اذا اعتق فى مرضه ستة اعبد لا مال له غيرهم فاعتق اثنان بالقرعة ، ثم ظهر مال يحتمل ان يعتق آخران ، جعل الأربعة جزاين ، واقرع بينهم واعتق منهم اثنان .

فصل وان اعتق فى مرضه اعبداً له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق ، لان العتق فى المرض وصية ، فلا ينفذ الا فى ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين . وان استغرق نصفها جعل التركة جزاين ويكتب فى رقعة دين ، وفى رقعة تركة ، وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثة اجزاء فى رقعة دين وفى رقعتين تركة ، ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع فى الدين ، وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه الثلث ، لانه اجتمع حق

الدين وحق التركة وحق العتق ، وليس بعضها بالبيع والارث والعتق باولى من البعض ، وللقرعة مدخل فى تمييز العتق من غيره ، فاقرع بينهم .

فصـــــل وان اعتقهم ومات واقرع بينهم واعتق الثلث ثم ظهـر دين مستفرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه ، فان قال الورثة : نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان :

(احدهما) ان لهم ذلك لان المنع من نفوذ العتق لاجل الدين فاذا قضى الدين زال المنع (والثانى) انه ليس لهم ذلك لانهم تقاسموا العبيد بالقرعة ، وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح ، كما لو تقاسما شريكان ثم ظهر شريك ثالث ، فعلى هذا يقضى الدين ، ثم يستانف العتق ؟ وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يبطل كما قلنا فى قسمة الشريكين .

(والثانى) يبطل بقدر الدين لان بطلانه بسببه فيقدر بقدره ، فان كان الذى اعتق عبدين ، عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ، ثم يقرع بينهما لجمع الحرية ، فان خرجت القرعة لاحدهما وكانت قيمتهما ســـواء عتق وبيع الآخر فى الدين ، وان كانت قيمة احدهما أكثر فخرجت القرعة على اكثرها قيمة ، عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقية والعبد الآخر . وان خرجت على اقلهما قيمة عتق ، وعتق من الثانى تمام النصف وبيع الباقى فى الدين .

الشرح حديث « تجزى العبد ثلاثة » أخرجه مسلم من حديث عمران ابن الحصين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب المـــــدبر

التدبير قربة لانه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث فى الصحة والمرض ، لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المدبر مـن الثلث » ولانه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية ،فان دبر عبداً واوصى بعتق آخر ، وعجز الثلث عنهما ، اقرع بينهما . ومن اصحابنا من قال : فيه قول آخر انه يقدم المدبر ، لانه يعتق بالموت ، والموصى بعتقه لا يعتق بالموت ، والصحيح هو الأول لان لزومهما بالموت فاستويا .

فصـــل ويصح من السفيه لأنه انما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه ، وان مات استغنى عن المال وحصل له الثواب ، وهل يصح من الصبى المميز ؟ فيه قولان :

(احدهما) انه يصح لما ذكرناه فى السفيه .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح لانه ليس من اهل العقود ، فلم يصح تدبيره كالمجنون .

فصـــل والتدبير هو ان يقول : ان مت فانت حر ، فان قال : دبرتك او انت مدبر ونوى العتق صح ، وان لم ينو فالمنصوص فى المدبر أنه يصح . وقال فى المكاتب : اذا قال : كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول : فاذا اديت فانت حر فمن اصحابنا من نقل جوابه فى المدبر ، الى المكاتب ، وجوابه فى المكاتب الى المدبر وجعلهما على قولين :

(احدهما) انهما صريحان لانهما موضوعان للعتق فى عرف الشرع .

(والثانى) انهما كنايتان فلا يقع العتق بهما الا بقرينة او نية لانهما يستعملان فى العتق وغيره . ومنهم من قال فى المدبر صريح وفى المكاتب كناية . ولم يذكر فرقا يعتمد عليه .

فصـــل ويجوز مطلقا ، وهو ان يقول : ان مت فانت حر ، ويجوز مقيداً وهو يقول : ان مت من هذا المرض ، او فى هذا البلد فانت حر ، لأنه عتق معلق على صفة ، فجاز مطلقا ومقيداً ، كالعتق المعلق على دخول الدار، ويجوز تعليقه على شرط ، بأن يقول : ان دخلت الدار فانت حر بعد موتى ، كما يجوز ان يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله ، فان وجد الشرط صار مدبراً ، وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبراً لانه علق التدبير على صفة ، وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه .

فصـــل ويجوز تدبير المعتق بصفة ، كما يجوز ان يعلق عتقه على صفة اخرى ـ فان وجدت الصفة قبل الموت ـ عتق بالصفة وبطل التدبير به ، وان مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير ، وبطل العتق بالصفة ، ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز ان يعلق عتقه على صفة ، فاذا دبره صار مكاتباً مدبراً ويستحق العتق بالكتابة والتدبير . فان ادى المال قبل الموت عتق بالكتابة ، وبطل التدبير ، وان مات قبل الأداء فان كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير

وبطلت الكتابة ، وان لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره ، وبقى الباقى على الكتابة ، ولا يجوز تدبير أم الولد ، لأن الذى يقتضيه التدبير هو العتق بالموت ، وقد استحقت ذلك بالاستيلاد ، فلم يفد التدبير شيئاً ، فاذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من راس المال .

فصل ويجوز تدبير الحمل كما يجوز فى بعض عبد كما يجوز عتقه، ويجوز فى العتق ، فان كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يقوم عليه لأنه أثبت له شيئاً يفضى الى العتق لا محالة فاوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره .

(والثانى) وهو المنصوص انه لا يقوم عليه ، لأن التقويم انما يجب بالاتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الاتلاف كالاستيلاد ، والتدبير ليس باتلاف ، ولا سبب يوجب الاتلاف ، لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم ، فان كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسرى الى الباقى .

ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر انه يسرى فيصير الجميع مدبرا . ووجههما ما ذكرناه فى المسألة قبلها ، فان كان عبد بين اثنين فدبراه ، بان قال كل واحد منهما : اذا مت فانت حر جاز ، كما لو اعتقاه ، فان أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق ؟ فيه قولان منصوصان :

(أحدهما) لا يقوم عليه ، لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها ، فاستغنى عن التقويم ، ولأنا اذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير .

(والثانى) يقوم عليه ليصير الكل حراً ، لأن المدبر كالقن فى الملك والتصرف، فكان كالقن فى التقويم والسراية ، فان كان بين نفسين عبد فقالا اذا متنا فانت حر لم يعتق حصة واحد منهما الا بموته وموت شريكه ، فان ماتا معاً عتق عليهما بوجود الصفة فان مات احدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت الى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فاذا مات الآخر عتق ، فان قالا : انت حبيس على آخرنا موتا ، فالحكم فيها كالحكم فى المسألة قبلها الا فى فصل واحد ، وهو ان فى المسألة الأولى اذا مات احدهما انتقل نصيب الميت الى وارثه الى ان يموت الآخر ، وفى هذه اذا مات احدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر ، الى ان يموت لقوله : انت حبيس على آخرنا موتاً ، فاذا مات الآخر عتق .

فصـــل ويملك المولى بيع المدبر ، لما روى جابر رضى الله عنه ((ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه ، ولم يكن له مال غيره ، فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة)) ويملك هبته ووقفه ، وكتابته، قياساً على البيع ويملك اكسابه منافعـه وارش ما يجنى عليـه ، لانه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبة ، كان كالقن فيما ذكرناه ، وان جنى خطأ تعلق الارش برقبته وهو بالخيار بين ان يسلمه للبيع وبين ان يفديه كما يفدى العبد القن ، لانه كالقن فى جواز بيعه فكان كالقن فى جواز التسليم للبيـــع والفداء ، وان مات السيد قبل أن يفديه .

فان قلنا : لا يجوز عتق الجانى لم يعتق ، وللوارث الخيار بين التســليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته . وان قلنا : يجوز عتق الجانى عتق مــن الثلث ، ووجب ارش الجناية من التركة ، لانه عتق بسبب من جهته فتعلق الارش بتركته ، ولا يجب الا اقل الامرين من قيمته ، او ارش الجناية ، لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق .

فصـــل وان كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهـــل يتبعها فى التدبير ؟ فيه قولان :

(احدهما) يتبعها لانها تستحق الحرية فتبعهـا الولد كام الولد ، فعلى هذا ان ماتت الأم فى حياة المولى ، لم يبطل التدبير فى الولد .

(والثانى) لا يتبعها ، لانه عقد يلحقه الفسخ ، فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحداً كما يتبعها فى العتق ، وان دبر عبدا ثم ملكه جارية ، فأتت منه بولد لحقه نسبه لانه يملكها فى أحــد القولين وله فيها شبهة فى القول الثانى ، لاختلاف الناس فى ملكه .

(فان قلنا) لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى ، لانه ولد امته (وان قلنا) يملكها ، فالولد ابن المدبر ومملوكه لانه من امته وهل يكون مدبراً ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انه ليس بمدبر لان الولد انما يتبع الأم دون الاب والام غـير مدبرة .

(والثانى) انه مدبر لانها علقت به فى ملكه فكان كالاب ، كولد الحـــر من امته .

فصل ويجوز الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك ، كالبيع والهبة المقبوضة ، لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه ، وهل يجوز بلفظ الفسخ ؟ كقوله : فسخت ونقضت ورجعت ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزنى لأنه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية .

(والثانى) أنه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ، وهو الصحيح ، لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات ، وان وهبه ولم يقبضه ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان قلنا : انه كالوصية فهو رجوع ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لأنه لم يزل الملك . ومنهم من قال : هو رجوع على القولين لأنه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه ، فان قلنا : ان التدبير كالوصية كان رجوعا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه ، وان قلنا ، انه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعا بل يصير مدبراً مكاتبا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبا ، وان دبره ثم قال ان أديت الى وارثى ألفا فأنت حر .

(فان قلنا) انه كالوصية كان ذلك رجوعا فى التدبير لأنه عدل عن العتق بالموت الى العتق باداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده لأنه علق عتقه بصفة متقدمة ، ثم علقه بصفة متأخرة بأسبقهما وأسبقهما الموت ، فعتق به ، وان دبر جارية ثم أولدها ، بطل التدبير ، لأن العتق بالتدبير والاستيلاد فى وقت واحد ، والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير .

فصل ويجوز الرجوع فى تدبير البعض ، كما يجوز التدبير فى الابتداء فى البعض ، وان دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا : انه يتبعها فى التدبير ورجع فى تدبير الأم لم يتبعها الولد فى الرجوع ، وان تبعها فى التدبير ، كما أن ولد أم الولد يتبعها حق الحرية ثم لا يتبعها فى بطلان حقها من الحرية بموتها ، وان دبرها الصبى وقلنا انه يصح تدبيره ، فان قلنا : يجوز الرجوع بلفظ الفسخ ، جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه فى التدبير ، فجاز رجوعه فيه كالبالغ ، وان قلنا : لا يجوز الرجوع الا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع فى تدبيره الا بتصرف يزيل الملك من جهة الولى .

فصل وان دبره عبده ثم ارتد ، فقد قال أبو اسحاق : لا يبطل التدبير ، فان مات عتق العبد ، لأنه تصرف نفذ قبل الردة ، فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع له ثم ارتد ، ومن أصحابنا من قال : يبطل التدبير لأن المدبر

انما يعتق اذا حصل للورثة شيء مثلاه ، وهاهنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق .

ومنهم من قال : يبني على الأقوال في ملكه ، فان قلنا : يزول ملكه بالردة، بطل لأنه زال ملكه فيه ، فأشبه اذا باعه ، وان قلنا : لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وان قلنا : موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو اسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه ، فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين ، وقد حصل لهم مثلاه .

فصل وان دبر الكافر عبداً كافراً ، ثم أسلم العبد ، ولم يرجع السيد في التدبير ففيه قولان :

(أحدهما) يباع عليه وهو اختيار المزني لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن .

(والثاني) لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لا حظ للعبد في بيعه لأنه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه الى مسلم وينفق عليه الى أن يرجع في التدبير ، فيباع عليه أو يموت ، فيعتق عليه ، وبين أن يخارجه على شيء ، لأنه لا سبيل الى اقراره في يده فلم يجز الا ما ذكرناه ، فان مات السيد ، وخرج من الثلث عتق ، وان لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة لأنه صار قنا .

فصل وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد ، فان قلنا ان التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه ، والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر .

وان قلنا : انه كالوصية ففيه وجهان .

أحدهما : أن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع .

والثاني : انه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال في الدعوى والبينات : اذا أنكر السيد قلنا له : قل رجعت ، ولا يحتاج الى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع ، والدليل عليه أن جحوده الشيء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه عتق بالصفة ، وان مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين ، والقول قول الوارث ، وان كان في يده مال فقال

كسبته بعد العتق ، وقال الوارث : بل كسبته قبل العتق ، فالقول قول المدبر ، لأن الأصل عدم الكسب الا فى الوقت الذى وجد فيه ، وقد وجد وهو فى يد المدبر ، فكان له ، وان كان أمة ومعها ولد فادعت انها ولدته بعد التدبير . وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لأن الأصل فى الولد الرق .

فصل ويجوز تعليق العتق على صفة مثل ان يقول : ان دخلت الدار فانت حر ، وان أعطيتنى الفا فانت حر لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير فان قال ذلك فى المرض اعتبر من الثلث ، لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث ، فاذا عقده اعتبر من الثلث ، وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لأن العتق انما يعتبر من الثلث فى حال المرض لأنه قصد الى الاضرار بالورثة فى حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد الى ذلك ، فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الانسان مقصور على حال الحياة فحمل اطلاق الصفة عليه ، وان علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت ، لأنه يملك العتق بعد الموت فى الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت .

فصل وان علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد ؟ فيه قولان كما قلنا فى المدبرة ، فان بطلت الصفة فى الأم بموتها أو بموته بطلت فى الولد ، لأن الولد يتبعها فى العتق لا فى الصفة ، بخلاف ولد المدبرة ، فانه يتبعها فى التدبير ، فاذا بطل فيها بقى فيه ، وان قال لأمته : انت حرة بعد موتى بسنة فمات السيد وهى تخرج من الثلث ، فللوارث ان يتصرف فى كسبها ومنفعتها ، ولا يتصرف فى رقبتها لأنها موقوفة على العتق ، فان أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعى رحمه الله يتبعها الولد قولا واحداً ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان ، كالولد الذى تاتى به قبل الموت ، والذى قاله الشافعى رحمه الله أحد القولين ، ومنهم من قال : يتبعها الولد قولا واحدا ، لأنها أتت به ، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فان عتقها غير مستقر ، لأنه يلحقه الفسخ .

فصل وان علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع فى الجميع لا يجوز ، ويجوز الرجوع فيه

بما يزيل الملك كالبيع وغيره ، فان علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع اليه فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها ، وان دبر عبده ثم باعه ثم رجع اليه ، فان قلنا : ان التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية اذا بطلت لم تعد ، وان قلنا : انه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا ؟ على ما ذكرناه من القولين) .

الشرح حديث جابر أخرجه البخارى فى الأحكام والبيـــوع والاستقراض والعتق وأخرجه مسلم فى الأيمان والزكاة وأبو داود فى العتق والنسائى فى الزكاة والبيوع والقضاة وابن ماجه فى العتق وأبو داود فى البيوع .

تم الجــزء السادس عشر

ويليه الجزء الســابع عشر

وأوله

كتــاب المكاتب

فهارس الجزء السادس عشر
من المجمـــوع شرح المهـــذب

اولا : الآيات القرآنية

ثانياً : الأحاديث والآثار والأخبار

ثالثاً : الأشـــعار الاســـتشهادية

رابعاً : الأعـــــلام

خامساً : الأحـــــكام

أولا ــ الآيات القــــرآنية

الآية ـ ورقمها	الصفحة

الآية ــ ورقمها	الصفحة

الآية ـ ورقمها	الصفحة
الجن والانس والطير فهو يوزعون ـ آية ١٥ ، ١٦ ، ١٧ : النمل	٢٨٠-٢٨٢
ولقد آتينا موسى تسع آيات بينات ـ آية ١١ : الاسراء	٢٨٧
ولقد مننا على موسى وهارون ونجيناهما وقومهما من الكرب العظيم ونصرناهم فكانوا هم الغالبين وآتيناهما الكتاب المستبين وهديناهما الصراط المستقيم وتركنا عليهما فى الآخرين سلام على موسى وهارون انا كذلك نجزى المحسنين انهما من عبادنا المؤمنين ـ آية ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ : الصافات	٢٨٨
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ـ آية ٧٢ : يوسف	٣-٤-٨
وليخشى الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا ـ آية ٩ : النساء	٣٨٢
وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ـ آية ٤٤ : آل عمران	٢١٤-٢١٦
وما يستأخرون ـ آية ٥ : الحجر	٢٧
ومن احياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ـ آية ٣٢ : المائدة	٢٠٤
ومن اعرض عن ذكرى فان له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى قال رب لم حشرتنى أعمى وقد كنت بصيراً قال كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تنسى ـ آية ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ : طه	١٣٧
ونوحاً هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس ـ آية ٨٤ ، ٨٥ : الأنعام	٢٧٨-٢٨٠-٢٨١-٢٩٣
وهل اتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا انى آنست ناراً ـ آية ٩ : طه	٢٨٦
وورث سليمان داود ـ آية ١٦ : النمل	٢٨٣

ثانياً ـ الأحاديث والآثار والأخبار

((حرف الألف))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف البـاء))

الصفحة

((حرف التاء))

((حرف الثاء))

الصفحة

((حرف الجيم))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف الحاء))

الصفحة

الصفحة

((حرف الخاء))

« حرف الدال »

الصفحة

((حرف الذال))

((حرف الراء))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

« حرف الزاى »

الصفحة

«حرف السين»

الصفحة

((حرف الشين))

((حرف الصاد))

الصفحة

الصفحة

((حرف الضاد))

الصفحة

((حرف الطاء))

((حرف الظاء))

((حرف العين))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف الغين))

الصفحة

((حرف الفــاء))

((حرف القاف))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

فقال يا رسول الله ان امي ماتت أفأتصدق عنها قال نعم قلت فأى الصدقة افضل قال سقى الماء قال الحسن فتلك سقاية آل سعد بالمدينة	٥٠٨
فقال يا رسول الله ان امراتى ولدت غلاما أسود فقال هل لك من ابل ؟ قال : نعم ، قال : فما الوانها ؟ قال : حمر قال : فهل فيها من اورق ؟ قال : نعم قال انى اتاها ذلك قال لعل عرقا نزع وقال وهذا لعل عرقا نزع	٢٢٩
فقال يا رسول الله اى الصدقة أفضل او اعظم أجراً قال أما وأبيك لتفتأن أن تصدق وانت شحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء ولا تمهل حتى اذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان ..	٣٨٥
فقال يا رسول الله قد اصبت أرضا بخيبر لم اصب وتصدقت بها فتصدق بها عمر ــ على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى الرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول	٢٤٢
فقال يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى فى فى الطريق الميتاء او فى قرية مسكونة فقال عرفه سنة فان جاء صاحبه والا فشأنك به	١٦٧
فقال يا محمد ما وضع جنبى احد الى الأرض وما انت بالذى تصرعنى فأسلم ورد النبى عليه غنمه	٤٦
فقال يا زبير اسق ارضك واحبس الماء الى ان يبلغ الجدر	١٥٨ــ١٦١
فقال يا امير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية واسلمنا عليها فى الاسلام فعلام اذا كره امرأ فتل شاربه ونفخ فلما راى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله فلولا ما احمل عليه فى سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً من شبر	١٤٩
فقالوا يا ايها الرهط ان سيدنا لدغ وسعينا له بكل شىء لا ينفعه فهل عند احد منكم من شىء ؟ قال بعضهم	

الصفحة

الصفحة

((حرف الكاف))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف اللام))

الصفحة

« حرف الميم »

الصفحة

((حرف النون))

الصفحة

« حرف الهـاء »

الصفحة

الصفحة

الصفحة

« حرف الواو »

الصفحة

((حرف اللام ألف))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف الياء))

الصفحة

الصفحة

الصفحة

ثالثاً ـ الأشعار الاستشهادية

الصفحة

الصفحة

الصفحة

رابعاً ـ الأعـــــلام

((حرف الألف))

((حرف البـاء))

((حرف التاء))

« حرف الثـاء »

« حرف الجيم »

((حرف الحاء))

((حرف الخاء))

((حرف الدال))

((حرف الذال))

((حرف الراء))

((حرف الزاى))

((حرف السين))

((حرف الشين))

((حرف الصاد))

((حرف الضاد))

((حرف الطاء))

((حرف العين))

عائذ بن شريح .. ٣٣٧

عامر بن عبد الله بن الزبير .. ١٤٩

عامر بن سعد بن أبى وقاص .. ٣٧٨ ، ٣٧٩

ابن عامر .. ٢٧٢

ابن عاصم .. ٣٩٢

عاصم .. ٣٤٣

ابن عابدين .. ٣٠٣ ، ٣٢٠ ، ٣٢٢

عباس بن السائب .. ٣٢٣

((حرف الغين))

((حرف الفاء))

((حرف القاف))

((حرف الكاف))

((حرف اللام))

« حرف الميم »

((حرف النون))

((حرف الهاء))

((حرف الواو))

((حرف الياء))

خامساً — الأحكام

كنا نود الا يكون اخطاء مطبعية ولكن جل من تعـــالى عن النقص سبحانه وقد ندت أثناء الطبـــاعة اخطاء نرجو من القارىء اصلاحهـا بقلمه وهى :

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥٨	١١	ملثه	مثله
٢٩٩	٢٢	الوف	الوقف
٤٣٦	٨	إثثه	ثلثه
٤٨٠	٢١	نانية	ثانية